15 T. 5

15. 5. 365

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI,

AD TRIGINTA

JURISCONSULTORUM

FRAGMENTA,

TOMUS SECUNDUS.

Digitized by Google

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI,

AD TRIGINTA

JURISCONSULTORUM

OMNIA FRAGMENTA,

QUÆ EXSTANT

IN JURIS CIVILIS CORPORE,

COMMENTARII.

CUM INDICE LEGUM IN HOC OPERE ILLUSTRATARUM.

TOMUS SECUNDUS.



GENEVÆ,

Apud FRATRES DE TOURNES.

M. DCC. LXIV.

Digitized by Google

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI,

RUTILIUS RUFUS:

SIVE AD

PUBLII RUTILII RUFI

FRAGMENTA

COMMENTARII.

Digitized by Google

PUBLII RUTILII RUFI
ELOGIUM.

P. Rutilius Rufus Conful fuit cum Cn. Mallio Maximo, & Afiæ Proconful. Aliqui etiam dicunt, Tribunum plebis fuiffe, decepti forfan a Valerio Maximo. Nam quod hic memorat de quodam P. Rutilio Tribuno plebis, qui diem ad populum perduellionis dixit Tib. Graccho & C. Claudio; aut de alio, quàm noftro Rufo intelligendum; aut falfum eft. Cicero autem *Oratione pro Cn. Planco* negat P. Rutilium Rufum factum fuiffe Tribunum plebis. Mirabilia dedit Rutilius in omni vita innocentiæ teftimonia. Præclarum illud, in quo egregiam animi conftantiam fingulari orationis feveritate comprobavit. Cum enim amici cujufdam injuftæ rogationi refifteret, atque is per fummam indignationem dixiffet: *Quid ergo mihi opus eft amicitia tua, fi quod rogo non facis?* Rutilius retulit: *Imo quid mihi tua, fi propter te aliquid inhoneftè facturus fum?* Is, cum effet Conful, nullius ante fe Imperatoris exemplum fecutus, ex ludo C. Aurelii Scauri doctoribus gladiatorum accerfitis, vitandi atque inferendi ictus fubtiliorem rationem legionibus ingeneravit, ut arte virtus adjuta multo effet præftantior. Ingenuam probitatem, & civilium rerum tractandarum peritiam ftudio auxit. Græcis litteris eruditus fuit: P. Scævolæ auditor, & etiam Panætii, propè perfectus in Stoicis: quorum peracutum & artis plenum orationis genus, fed tamen exile, nec fatis populari affenfioni accommodatum. Itaque illa quæ propria eft hujus difciplinæ, Philofophorum de fe ipforum opinio, firma in hoc viro & ftabilis inventa eft: qui, cum innocentiffimus in judicium repetundarum vocatus effet a publicanis, cum effent eo tempore eloquentiffimi viri L. Craffus, & M. Antonius Confulares, eorum adhibere neutrum voluit. Dixit ipfe pro fefe. Cumque magis ordinum diffenfione, quam ullâ culpâ fuâ reus effet factus, nec obfoletam veftem induit, nec infignia Senatoris depofuit, nec fupplices ad genua judicum manus tetendit: nec dixit quicquam fplendore præteritorum annorum humilius: effecitque, ut periculum illud, non impedimentum gravitatis ejus effet, fed experimentum. Quamobrem damnationem fuam fic tulit, tanquam nihil

illi molestum esset aliud, quàm quod male judicaretur. Tanti est apud innocentem conscientia sua. Et cur in exsilium libens non iret, cui Asiam petenti, omnes provinciæ illius civitates, legatos, secessum ejus opperientes obviam miserunt? Retinere illum volebant omnes. Felicitas hæc Smyrnæis contigit, qui civem sibi addiderunt. Æquiore animo passus est, se patriæ eripi, quam sibi exilium. Cum enim Sylla Dictator, & victor vellet eum in patriam revocare, negavit illi reditum suum, cui nihil tum negabatur. I, felicitatis ambitiose. Disce hanc ex virtute:

Et grave magnanimi robur mirare Rutili,
Non usi reditus conditione dati.

Historias scripsit Rutilius, & libros de Vita sua: aliquot etiam Orationes judicio Ciceronis exiles: quarum unam *De modo ædificiorum* Senatui recitavit Augustus, & Populo notam per edictum fecit, quò magis persuaderet eam rem non a se primò animadversam. Libros de Jure Civili reliquit. Denique in exsilio decessit, si ullum sapienti. Expressi hæc a Cicerone, Ovidio, Livio, Maximo, Seneca, Tacito, Suetonio, Pomponio, B. Isidoro, & aliis.

P. RUTILII RUFI

V I T A.

I. P. Rutilius M. F. Rufus proculdubio natus fuit ante annum ab u. c. DXCVI. nam Consulatum petiit cum M. Æmilio Scauro anno ab u. c. DCXXXIX. Consul autem nemo poterat esse nisi qui annos tres & quadraginta natus fuisset, ita jubente Lege Villia Annali lata L. Villio Tribuno Plebis, anno ab u. c. DLXXV. Coss. L. Manlio Acidino, & Q. Fulvio Flacco, ut constat ex Livio, *Lib. XL. cap.* 43. cui adjungendus est Cicero, qui *Philip. V. cap.* 17. ita scripsit. *Quid Macedo Alexander? Cum ab ineunte ætate res maximas gerere cœpisset, nonne tertio & tricesimo anno mortem obiit, quæ est ætas nostris legibus decem annis minor, quam Consularis?* Itaque Rutilius, P. Scipione & D. Bruto Coss. anno DCXVI. ab u. c. adolescentulus erat, ut ipse dixit apud Ciceronem in *Bruto*, *cap.* 22.

II. Philosophiam didicit a Panætio, principe prope judicio quidem Ciceronis Stoicorum, ut legimus *in Lucullo*, *cap.* 33. & homine in primis ingenuo & gravi digno illa familiaritate Scipionis & Lælii, judice eodem Cicerone, *Lib. IV. de Finibus*, *cap.* 9. qui Philosophus, cum de *Officiis* scripsisset, opusque suum non absolvisset, dignus fuit, ut a P. Rutilio ejus eximia doctrina cum egregia Apellis dexteritate in arte pingendi compararetur. Itaque Cicero, *Lib. III. de Officiis*, *cap.* 2. ita scripsit. *Accedit eodem testis locuples, Posidonius, qui etiam scribit in quadam epistola, P. Rutilium*

tilium Rufum dicere solere, qui Panætium audierat, ut nemo pictor esset inventus, qui Coæ Veneris eam partem, quam Apelles inchoaverat reliquisset, absolveret (oris enim pulchritudo reliqui corporis imitandi spem auferebat) sic ea, quæ Panætius prætermisisset, & non perfecisset, propter eorum, quæ perfecisset, præstantiam, neminem esse persecutum. Rutilius igitur sub tanto præceptore evasit doctus vir, & Græcis litteris eruditus, prope perfectus in Stoicis, ut ait Cicero in *Bruto*, *cap.* 30.

III. P. autem Rutilium auditorem fuisse **P. Mucii in Juris Scientia** præclare docuit idem Cicero, *Lib. II. de Officiis*, *cap.* **13**. *Facillime autem* (inquit) *& in optimam partem cognoscuntur adolescentes, qui se ad claros & sapientes viros, bene consulentes Reipublicæ, contulerunt; quibuscum si frequentes sunt, opinionem afferunt populo, eorum fore similes, quos sibi ipsi delegerunt ad imitandum. P. Rutilii adolescentiam ad opinionem & innocentiæ, & juris scientiæ, P. Mucii commendavit domus.* Intellige P. Mucium, Pontificem Maximum, cujus meminit idem Cicero *pro domo sua*, *cap.* 43. quemque pluribus in locis laudavit. Nam Pomponius in *l. necessarium* 2. *§.* 39. *de orig. jur.* cum inter Jurisconsultos recensuisset P. Mucium Pontificem Maximum, Brutum, & Manilium subjecit *in §. sequenti, ab his profectum fuisse P. Rutilium Rufum.*

IV. Solebant Romani Scientiæ adjungere Militiam, ut patriam non solum consilio regerent, sed etiam armis defenderent, & amplificarent. Hanc igitur etiam Rutilius professus fuit sub P. Cornelio Scipione, qui Consul fuit cum C. Fulvio Flacco anno ab u. c. **DCXX.** missusque in Hispaniam ad oppugnandum Numantiam, ut refert Orosius, *Lib. V. cap.* 7. quo tempore Tribunus Militum fuit, ut refert Suidas, *pag.* 650. Appianum allegans, quem vide libro *de Bellis Hispaniensibus*, *pag.* 305. Officium Tribunorum est Milites in castris continere, ad exercitationem producere, claves portarum suscipere, vigilias interdum circumire, frumentationibus commilitonum interesse, frumentum probare, mensorum fraudem coërcere, delicta secundum suæ auctoritatis modum castigare, principiis frequenter interesse, querelas commilitonum audire, valetudinarios inspicere, ut docet Macer, *l. officium* 12. *§. officium* 2. *de re mil.* cui addi possunt Polybius, *Lib. VI. cap.* 35. Livius, *Lib. XXVIII. cap.* 24. & Modestus in libelio de *Vocabulis Rei Militaris.*

V. Bello igitur Numantino, quod gravissimum, & periculosissimum fuit, Rutilius interfuit, & in eo suam virtutem ostendit. Nam, ut refert Appianus Alexandrinus, *Lib. de Bellis Hispaniensibus*, *pag.* 305. Palantini agri locus fuit Coplani nomine: in eo Palantini sub tumulo quodam insidias collocarant, deinde alia manu palam Scipionis frumentatores lacessebant. Scipio Rutilio Rufo, tum Tribuno Militum (qui etiam harum rerum Historiam edidit) imperat ut assumtis quatuor equitum turmis hostium impetum propulset. Rufus cedentes eos immoderatius urgebat, adeo ut fugientibus

tibus

tibus permixtus una in tumulum evaderet. Ubi cum inſidias detexiſſet, equites monuit ut de inſequendo vel aggrediendo hoſte jam nihil cogitarent, ſed in procinctu atque veſtigio ſtantes infeſtis haſtis irruentem cohiberent. Sed Scipio jam ex quo Rufus longius, quam juſſus erat, excurrerat, de eventu ſollicitus, confeſtim ſubſecutus, ubi & ipſe inſidias deprehendit, equites bipartitos emittit, jubetque, *ut alternis hoſtes adoriantur, tragulisque injectis extemplo ſe recipiant:* non ut uno loco coirent, ſed ſenſim ne diſſociati retrocederent. Hoc modo incolumem equitatum in planiciem reduxit. Huc uſque Appianus, cujus narratiunculam excerpſit Ambroſius Morales, *Lib. VIII. cap.* 8.

VI. Anno ab u. c. DCXXXIX. Conſulatum petivit, & repulſam habuit. Nec merita ejus impedimento fuerunt quominus ambitus accuſaretur a M. Æmilio Scauro primum Conſule, quò pertinet illud Ciceronis, *Lib. II. de Orat. cap.* 69. *Movent illa etiam, quæ conjectura explanantur non longe aliter, atque ſunt; ſed acute, atque concinne: ut cum Scaurus accuſaret Rutilium ambitus, cum ipſe Conſul eſſet factus, ille repulſam tuliſſet, & in ejus tabulis* (intellige tabulas rei familiaris de quibus idem Cicero *eod. Lib. cap.* 23.) *oſtenderet litteras A. F. P. R. idque diceret eſſe*, Actum fide P. Rutilii; *Rutilius autem*, Ante factum, poſt relatum: *C. Cannius, Eques Romanus, cum Rufo adeſſet, exclamat, neutrum illis litteris declarari*, Quid ergo? *inquit Scaurus:* Æmilius fecit, plectitur Rutilius.

VII. Anno ab u. c. DCXLV. Q. Cæcilio Metello Coſ. Numidia decernitur, ut rem gerat contra Jugurtham. Legatum ſuum fecit P. Rutilium cujus mentionem aliquam fecit Salluſtius *in Bello Jugurthino*, *cap.* 56. quique poſtea anno DCXLVII. exercitum tradidit C. Mario Conſuli ut refert Salluſtius, *cap.* 91. & Plutarchus in *Cajo Mario*, *Tom. II. pag.* 493.

VIII. Romam redux Rutilius in magna hominum exiſtimatione fuit. Erat enim homo doctus, & Philoſophiæ deditus, teſte Cicerone, *Lib. I. de Orat. cap.* 53. & de jure reſpondebat, quod Populo erat gratiſſimum, ut ait Cicero *in Bruto*, *cap.* 30. & præterea Orator erat: de quo, ut taceam Ammianum Marcellinum eum inter præclaros Oratores recenſentem, *Lib. XXX. cap.* 5. operæ pretium eſt audire ipſum Ciceronem, comparantem eum cum M. Æmilio Scauro in *Bruto*, *cap.* 29. & 30. hoc modo. *De Scauro & Rutilio breviter licet dicere, quorum neuter ſummi Oratoris habuit laudem, & uterque in multis cauſſis verſatus erat. In quibuſdam laudandis viris, etiamſi maximi ingenii non eſſent, probabilis tamen induſtria: quanquam iis quidem non omnino ingenium, ſed Oratorium ingenium defuit. Neque enim refert videre, quid dicendum ſit, niſi id queas ſolute, & ſuaviter dicere. Ne id quidem ſatis eſt, niſi id quod dicitur, ſit voce, vultu, motuque conditius. Quid dicam opus eſſe doctrina? ſine qua, etiamſi quid bene dicitur adjuvante natura, tamen id, quia fortuito fuit, ſemper paratum eſſe non poteſt. In Scauri Oratione, ſapientis hominis, & recti, gravitas ſumma, & naturalis*

quadam

quædam inerat auctoritas, non ut caussam, sed ut testimonium dicere putares, cum pro reo diceret. Hoc dicendi genus ad patrocinia mediocriter aptum videbatur: ad Senatoriam vero sententiam, cujus erat ille princeps, vel maxime. Significabat enim non prudentiam solum, sed, quod maxime rem continebat, fidem. Habebat hoc a natura ipsa, quod a doctrina non facile posset: quanquam hujus quoque ipsius rei, quemadmodum scis, præcepta sunt. Hujus & Orationes sunt, & tres ad L. Fusidium libri scripti. de Vita ipsius acta, sane utiles, quos nemo legit. At Cyri vitam & disciplinam legunt, præclaram illam quidem, sed neque tam rebus nostris aptam, nec tamen Scauri laudibus anteponendam. Ipse etiam Fusidius in aliquo patronorum numero fuit. Rutilius autem in quodam tristi & severo genere dicendi versatus est, & uterque naturâ vehemens & acer. Itaque cum una Consulatum petivissent, non ille solum, qui repulsam tulerat, accusavit ambitus designatum competitorem, sed Scaurus etiam absolutus Rutilium in judicium vocavit: multâque operâ, multâque industriâ Rutilius fuit, quæ erat propterea gratior, quòd idem magnum munus de jure respondendi sustinebat. Sunt ejus orationes jejunæ: multa præclara de jure: doctus vir, & Græcis litteris eruditus, Panætii auditor, prope perfectus in Stoicis, quorum peracutum, & artis plenum orationis genus, sed tamen exile, nec satis populari assensioni accommodatum. Itaque illa, quæ propria est hujus disciplinæ, Philosophorum de se ipsorum opinio, firma in hoc viro & stabilis inventa est: qui cum innocentissimus in judicium vocatus esset (quo judicio convulsam penitus scimus esse Rempublicam) cum essent eo tempore eloquentissimi viri L. Crassus, & M. Antonius Consulares, eorum adhibere neutrum voluit. Dixit ipse pro sese; & pauca C. Cotta, quòd sororis (Rutiliæ, de qua Cicero *ad Atticum*, *Lib. XII. epist.* 20. & Seneca *Consol. ad Helviam*, *cap.* 16.) *erat filius, & is quidem tamen, ut Orator, quanquam erat admodum adolescens. Sed Q. Mucius enucleate ille quidem, & polite, ut solebat; nequaquam autem ea vi atque copia, quam genus illud judicii, & magnitudo caussæ postulabat. Habemus igitur in Stoicis Oratoribus Rutilium, Scaurum in antiquis. Utrumque tamen laudemus, quoniam per illos ne hæc quidem in civitate genera hac Oratoria laude caruerunt. Volo enim, ut in scena, sic etiam in foro, non eos modo laudari, qui celeri motu & difficili utantur, sed eos etiam, quos statarios appellant, quorum sit illa simplex in agendo veritas, non molesta.* Huc usque Cicero, qui continuo adjungit judicium suum de Q. Ælio Tuberone etiam Stoico, & postea Dialogum sic prosequitur. *Tum Brutus. Quam hoc idem in nostris contingere intelligo, quod in Græcis? ut omnes fere Stoici prudentissimi in disserendo sint, & id arte faciant, sintque architecti pene verborum: iidem traducti a disputando ad dicendum inopes reperiuntur. Unum excipio Catonem, in quo, perfectissimo Stoico summam eloquentiam non desiderem: quam exiguam in Fannio, ne in Rutilio quidem magnam, in Tuberone nullam video fuisse.*

IX. Anno u. c. DCXLIX. Consul fuit una cum Cn. Mallio Maximo. Memi-

Meminit Rutilii Consulatus Jurisconsultus Pomponius, *l. necessarium* 2. §. 4. *de orig. jur.* Perperam autem agunt, qui Consulem nostrum, cum P. Rupilio confundunt, qui Consul fuit cum P. Popilio Lænate anno ab u. c. DCXXII. quorum Consulum mentionem fecit Cicero *in Verrem Lib. IV. cap.* 50. Vellejus Paterculus, *Historiar. Lib. II. cap.* 7. Fasti Capitolini, & lex parieti faciundo incisa in Tabella marmorea Neapoli collocata in ædibus Hadriani Gulielmi, quæ adjuncta fuit Ant. Augustini libro *De Legibus & Senatusconsultis, tab. XXI.* descripta in Smetii *Antiquit. fol. XIV.* & in Gruteri *Thesauro, pag. CCVII.* secundum quæ monumenta emendari debet Julius Obsequens. Itaque ubi apud Ciceronem in *Lælio, cap.* 20. sic legitur: *Scipio P. Rutilium potuit Consulem efficere, fratrem ejus L. non potuit,* legere debemus *Rupilium*, qui error frequens est, ut observavit Franciscus Fabricius ad Paulli Orosii *Lib. V. cap.* 9. nam cum Lælius ibi loquatur, ejusque sermo de Amicitia habitus fuisse singatur, Aquilio & Tuditano Coss. A. scilicet u. c. DCXXV. quo Scipio Africanus obiit, teste Cicerone in principio *de Amicitia*; nullo modo potuit Lælius mentionem facere Consulatus P. Rutilii Rufi.

X. Hinc emendari debent alia duo testimonia: alterum Ciceronis *Tusculanar. Lib. IV. cap.* 18. ubi sic legitur. *Ægre tulisse P. Rutilium fratris repulsam Consulatus, scriptum apud Fannium est: sed tamen transisse videtur modum, quippe qui ob eam caussam a vita recesserit, moderatius igitur ferre debuit.* Ubi jam admonuit Manucius legi debere, *P. Rupilium.* Alterum testimonium est C. Plinii, apud quem, *Lib. VII. cap.* 36. ita scriptum est. *P. Rutilius morbo levi impeditus, nunciata fratris repulsa, in Consulatus petitione, illico expiravit.* Non convenit hæc animi debilitas constantiæ P. Rutilii Rufi.

XI. Alius etiam fuit Rutilius noster a P. Rutilio M. filio, Tribuno Plebis, cujus meminit Crassus apud Ciceronem, *Lib. I. de Oratore, cap.* 40. ubi loquens de C. Mancino Numantini fœderis auctore, hæc dixit. *P. Rutilius M. filius, Tribunus Plebis, de Senatu jussit educi, quod eum Civem negaret esse: quia sic esset proditum, quem pater suus, aut populus vendidisset, aut pater patratus dedidisset, ei nullum esse postliminium.* Nam idem Cicero *pro Plancio, cap.* 21. ait, *P. Rutilium Rufum non fuisse Tribunum plebis, fuisse tamen Consulem.*

XII. Præterea puto nostrum Jurisconsultum non fuisse C. illum Rutilium, cujus meminit Cicero in *Bruto, cap.* 40. per hæc verba. *Tum Brutus. Et si satis,* inquit, *mihi videbar habere cognitum Scævolam ex iis rebus quas audiebam, sæpe ex C. Rutilio, quo utebatur* (lego, *utebamur*) *propter familiaritatem Scævolæ nostri; tamen ista mihi dicendi tanta laus, nota non erat.* Sed tandem aliquando sciamus quid egerit Rutilius Consul.

XIII. Armorum tractandorum meditatio a P. Rutilio Consule Cn. Mallii collega, militibus est tradita. Is enim nullius ante se Imperatoris exemplum secutus,

Digitized by Google

ſecutus, ex ludo Cn. Aurelii Scauri doctoribus gladiatorum accerſitis, vitandi atque inferendi ictus ſubtiliorem rationem legibus ingeneravit: virtutemque arti & rurſus artem virtuti immiſcuit, ut illa impetu hujus fortior, hæc illius ſcientia cautior fieret, Valerius Maximus, *Lib. II. cap. 3. de militaribus inſtitutis.*

XIV. P. Rutilius Conſul legem tulit de Tribunis militum a Conſule creandis, de qua ita ſcriptum apud Feſtum ſecundum editionem Mediolanenſem anni 1471. *Rutuli appellabantur Tribuni militum a Conſule facti, non a populo: de quorum jure: quod Rutilius Rufus legem tulerit: ruſuli ac poſt rutili ſunt vocati.* Adjunge *Livium, Lib. VII. cap. 5.* & Aſconium, *orat. II. in Verrem*, ubi de Tribunis militaribus agit.

XV. Eximiam moderationis animi laudem hoc anno obtinuit Rutilius Rufus, de quo Julius Frontinus in *Stratagematis, Lib. IV. cap. 1.* ita ſcripſit: *P. Rutilius Coſ. cum ſecundum leges in contubernio ſuo filium poſſet habere, in legione militem fecit.*

XVI. Anno DCLIX. quo fuerunt Conſules P. Licinius Craſſus, & Q. Mucius Scævola. Q. Mucio Aſia decreta fuit, cujus gloria juſtitiæ & abſtinentiæ illuſtris fuit, etiamſi ſolos novem menſes Aſiæ præfuit, ut refert Cicero *ad Atticum, Lib. V. epiſt.* 17. Is lecto ſibi Legato amicorum optimo P. Rutilio, hujus conſilio in adminiſtranda Provincia, ac jure dicendo, ſemper eſt uſus, ut refert Diodorus Siculus, *Lib. XXXVI. de Virtutibus & Vitiis, in excerptis apud Valeſium, pag.* 393. Rutilius igitur non fuit Aſiæ Proconſul, ſed Q. Mucii Aſiæ Proconſulis Legatus. Ideoque apud Pomponium *l. neceſſarium* 2. §. 40. ubi legitur: *P. Rutilius Rufus, qui Romæ Conſul, & Aſiæ Proconſul fuit*, niſi malis eſſe errorem Pomponii decepti Conſulatus recordatione, legi debet, *& Aſiæ Proconſulis Legatus*, ut eum appellavit T. Livii *Epitome, Lib. LXX.* cujus hæc ſunt verba: *P. Rutilius vir ſummæ innocentiæ, qui Legatus Q. Mucii Proconſulis a publicanorum injuriis Aſiam defenderat, inviſus Equeſtri Ordini, penes quem judicia erant, repetundarum damnatus in exilium miſſus eſt.* Unde notandus error Aſconii Pædiani in *Divinatione*, qui P. Rutilium Rufum dixit fuiſſe Quæſtorem. Ejus verba ſunt hæc. *Hujus* (Q. Mucii Scævolæ) *Quæſtor Rutilius Rufus damnatus eſt, quod cum Prætore conſenſerit ſuo, ne publicani aliquid agerent in Provincia ſua: quo cognito Equites Romani* (nam non ante Syllana tempora judicabant) *damnarunt eum.* Illuſtrat hoc quod de Equitum judiciis Pædianus ait, Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 13. *Judicia* (inquit) *erant apud Equites. Quippe eam poteſtatem nacti Equites Gracchanis legibus, cum in multos clariſſimos viros ſævirent, cum P. Rutilium, virum non ſæculi ſui, ſed omnis ævi optimum, interrogatum lege repetundarum, maximo cum gemitu civitatis, damnaverant.* Excerpta ex Dione Cocceiano, *pag.* 636. ſic habent. *P. Rutilius, vir integerrimus, iniquiſſime damnatus eſt. In judicium autem vocatus erat factione atque inſidiis Equitum, quaſi Legatus Q. Mucii munera*

accepisset. damnato lis pecunia æstimata est. quod quidem idcirco ab Equitibus infensis est passus, quod eos in exigendis vectigalibus multa præter fas actitantes, ipse cum Mucio Proconsule coërcuerat. Cæterum Rutilius constantissime caussam dixit, eamque Orationem habuit, quam virum bonum calumnia appetitum, ac longe plus Reip. quam suam ipsius vicem miserantem decebat. damnatus nihilominus, bonis protinus cessit. quo maxime declaratum est eum alienum ab ejusmodi crimine fuisse. Multò enim minus ex universis ejus bonis redactum est, quàm ex Asia rapuisse ab accusatoribus dicebatur, eaque omnia justis ac legitimis titulis ad se pervenisse demonstrabat. Ita Rutilius injusto judicio per calumniam succubuit, ejusque damnationis invidiam inter cæteros tulit C. Marius. quippe cujus viri virtus & existimatio gravis molestaque esset. quamobrem Rutilius cum ea quæ in urbe gerebantur, improbaret, nec cum ejusmodi homine versari ac degenerare amplius vellet, sponte in exilium abiit, & profectus in Asiam, principio quidem Mitylenis vixit. Ea vero postmodum urbe bello Mithridatico vastata, Smyrnam concessit, ibique reliquum egit vitæ, neque in patriam redire unquam voluit. Cæterum nihilo inde plus pristina illius gloria opesque imminutæ fuere. Neque enim solùm Q. Mucius, sed civitates etiam ac Reges, quotquot ejus beneficiis antehac erant usi, plurima illi donaverunt. adcò ut longe plura possideret, quàm ante exilium in bonis habuerat. Habemus igitur non solum exilii caussam invidendam, sed accusationem injustam, defensionem gravissimam, exilii tolerantiam, ac in eo pacatum animum, & vitam prospere gestam, quæ omnia multorum scriptorum testimoniis concelebrata sunt. Accusator fuit Apicius quidam referente Posidonio, *Lib. XLIX.* Historiarum, apud Athenæum, *Dipnosoph. Lib. IV. cap.* 200.

XVII. Ejus innocentiam prædicavit Seneca, qui in *Consolatione ad Marciam, cap.* 22. recensens mala, quæ ejus filius pati posset, ait. *Exilium? non fuit innocentior filius tuus, quàm Rutilius.* Et ante Senecam C. Cotta apud Ciceronem, *Lib. III. de Nat. Deor. cap.* 32. *Cur avunculus meus, vir innocentissimus, itemque doctissimus P. Rutilius in exilio est?*

XVIII. De judicio vero & damnatione idem Cicero *pro M. Fontejo, cap.* 13. ita scripsit. *Quàm multa M'. Aquillius audivit in suo judicio? quàm multa L. Cotta? Denique P. Rutilius? qui etsi damnatus est, mihi videtur tamen inter optimos atque innocentissimos esse numerandos? & in L. Pisonem, cap.* 39. *Damnatio ista, quæ in te flagitatur, obtigit P. Rutilio, quod specimen habuit hæc civitas innocentiæ. Major mihi judicum, & Reipublicæ pœna illa visa est, quàm Rutilii.* Adde Quintilianum, *Lib. V. cap.* 2.

XIX. Quomodo Rutilius se defenderit, jam supra didicimus ex Cicerone *Lib. I. de Orat. cap.* 53. cui addendus est Quintilianus *Lib. XI. Inst. Orator. cap.* 1. ubi ita scripsit. *P. Rutilius illo pene Socratico genere defensionis usus est.* Præterea Orosium nostrum audiamus, *Lib. V. cap.* 17. *Rutilius quoque vir integerrimus adeoque fidei atque innocentiæ constantia usus est, ut die sibi ab accusatoribus dicta, usque ad cognitionem, neque capillum bar-*

bamve

Digitized by Google

bamve promiserit, neque sordida veste, humilive habitu suffragatores conciliarit, inimicos promulserit, judices temperarit, orationem quoque a Prætore concessam nihilo submissiorem, quàm animum habuerit. Cum evidenti oppugnaretur calumnia, & opinione bonorum omnium jure absolvendus putaretur, perjurio judicum condemnatus est: qui Smyrnam commigrans litterarum studiis intentus consenuit. Nonnulla ex his legisse videtur Orosius apud Valerium Maximum, qui, *Lib. VI. cap.* 4. ita scripsit. *P. autem Rutilii verba prius an facta æstimem, nescio: nam utrisque æque admirabile inest robur. Cum amici cujusdam injustæ rogationi resisteret, atque is per summam indignationem dixisset:* Quid ergo, *inquit*, mihi opus est amicitia tua, si quod rogo, non facis? *respondit*: Imo quid mihi tua, si propter te aliquid inhoneste facturus sum? *Huic voci consentanea illa opera, quod magis ordinum dissensione, quàm ulla culpa sua reus factus nec obsoletam vestem induit, nec insignia Senatoris deposuit, nec supplices ad genua judicum manus tetendit; nec dixit quicquam splendore præteritorum annorum humilius. Effecitque ut periculum illud non impedimentum gravitatis ejus esset, sed experimentum. Atque etiam cum ei reditum in patriam Sullana victoria præstaret, in exilio, ne quid adversum leges faceret, remansit. Quapropter Felicis cognomen justius quis moribus gravissimi viri, quàm impotentis armis assignaverit. Quod quidem Sulla rapuit, Rutilius meruit.*

XX. In exilium abiit C. Claudio Pulchro & M. Perperna Consulibus, & Sylla Prætore, A. ab u. c. DCLXII. Quid vero exilium ejus consecutum fuerit, Florus indicat, *Lib. III. cap.* 17. *Senatus* (inquit) *exilio Metelli, damnatione Rutilii debilitatus, omne decus majestatis amiserat.*

XXI. Honorificam ejus perfectionem in exilium ita descripsit Valerius Maximus, *Lib. II. cap.* 10. *Quid damnatione, quid exilio miserius? at P. Rutilio conspiratione publicanorum perculso, auctoritatem adimere non valuerunt. Cui Asiam petenti omnes Provinciæ illius civitates Legatos secessum ejus operientes obviam miserunt. Exulare aliquis hoc loco, an triumphare justius dixerit?*

XXII. Aurelius Opilius, Epicurei cujusdam libertus, qui Philosophiam primo, deinde Rhetoricam, novissime Grammaticam docuit, dimissa Schola, Rutilium Rufum damnatum in Asiam secutus, ibidem Smyrnæ simulque consenuit, composuitque variæ eruditionis aliquot volumina, teste Suetonio *in Aurelio Opilio*, qui Rutilii fuit magister, ut innuit Symmachus, *Lib. I. epist.* 15. ubi pro *Oppio* legendum est *Opilio.*

XXIII. Vere itaque Seneca, *Lib. de Tranquillitate, cap.* 15. *Socrates cogitur in carcere mori, Rutilius in exilio vivere.* Idemque, *Lib. V. de Beneficiis*, *cap.* 17. ita gravissime conqueritur. *Immensum erit, si percurrere cœpero, ipsa respublica quàm ingrata in optimos ac devotissimos sibi fuerit: quamque non minus sæpe peccaverit, quàm in ipsam peccatum est. Camillum in exilium misit: Scipionem dimisit: Exulavit post Catilinam Cicero, diruti ejus*

 penates,

penates, bona direpta, factum quidquid victor Catilina fecisset. Rutilius innocentiæ pretium tulit in Asia latere. Catoni Populus Romanus Præturam negavit, consulatum pernegavit. Ingrati publice sumus. Huc usque Seneca.

XXIV. *Damnationem suam Rutilius sic tulit, tanquam nihil illi molestum esset aliud, quàm quod male judicaretur. Exilium Metellus fortiter tulit, Rutilius etiam libenter. Alter ut rediret, Reipublicæ præstitit: alter reditum suum Sullæ negavit, cui nihil tunc negabatur.* Hæc idem Seneca, *epist. XXIV.* quam negationem confirmavit ipse Seneca, *Lib. de Provident. cap.* 3. a lectoribus suis hæc inquirens. *Infelix est Rutilius, quod qui illum damnaverunt, caussam dicent omnibus sæculis? quòd æquiore animo passus est se patriæ eripi, quàm sibi exsilium? Quod Sullæ Dictatori solus aliquid negavit, & revocatus non tantum retro cessit, sed longius fugit?* Jure igitur Ovidius, *Lib. I. de Ponto, epist.* 3. ita cecinit.

Et grave magnanimi robur mirare Rutili,
Non usi redituùs conditione dati.
Smyrna virum tenuit.

Et Quintilianus, *Lib. XI. cap.* 1. *Revocante eum Sylla, manere in exsilio maluit.* Præclare Seneca *de Beneficiis, Lib. VI. cap.* 37. *Callistratum ajunt, ita certe Hecaton auctor est, cum in exsilium iret, in quod multos simul cum illo seditiosa civitas & intemperanter libera expulerat, optante quodam, ne Atheniensibus necessitas restituendi exsules esset, abominatum talem reditum. Rutilius noster animosius. cum quidam illum consolaretur, & diceret instare arma civilia: brevi futurum, ut omnes exsules reverterentur.* Quid tibi, *inquit*, mali feci, ut mihi pejorem reditum, quàm exitum optares? Malo, ut patria exsilio meo erubescat, quam reditu mœreat. *Non est istud exsilium, cujus neminem non magis, quam damnatum, pudet.* Iterum audiamus Senecam, *epist. LXXIX. Gloria* (inquit) *umbra virtutis est: etiam invitos comitabitur. Sed quemadmodum aliquando umbra antecedit, aliquando sequitur: ita gloria aliquando ante nos est, visendamque se præbet; aliquando in averso est, majorque quo serior, ubi invidia recessit. Quandiu videbatur furere Democritus? Vix recepit Socratem fama. Quandiu Catonem civitas ignoravit? respuit: nec intellexit, nisi cum perdidit. Rutilii innocentia ac virtus lateret, nisi accepisset injuriam: dum violatur, effulsit. Numquid non sorti suæ gratias egit, & exsilium suum complexus est? De his loquor quos illustravit Fortuna dum vexat.* Concludamus ergo cum ipso Seneca, *epist. XCVIII. Ex istis, quæ terribilia videntur, nihil est invictum. Singula vicere jam multi: ignem Mucius, crucem Regulus, exsilium Rutilius.*

XXV. Anno U. C. DCLXIV. cum Mithridates Ponti Rex Mitylenen cepisset, ubi Rutilius erat, hic veste mutata mortem effugit. Quod Cicero *Pro C. Rabirio, cap.* 10. ita refert. *P. Rutilium Rufum necessitatis excusatio defendet: qui cum a Mithridate Mitylenis oppressus esset, crudelitatem Regis in togatos vestitûs mutatione vitavit. Ergo ille P. Rutilius, qui documentum fuit hominibus nostris, virtutis, antiquitatis, prudentiæ, Consularis homo,*

mo, soccos habuit & pallium: nec verò id homini tum quisquam, sed tempori assignandum putavit. Vel ex hoc uno Ciceronis testimonio aperte colligitur atrox calumnia Theophanis Historici adversus P. Rutilium, quam Plutarchus in *Pompejo pag.* 462. sic memoriæ prodidit. *In arce, quod dicebatur Cænon, arcana monumenta Pompejus Mithridatis nactus est, nec ea sine oblectatione quadam legit, quod clare illius mores patefacerent. Erant commentarii, ex quibus veneno cùm alios complures tum filium comperit eum Ariarathen sustulisse, præterea Sardianum Alcæum, quod in ludis ipsum aurigando antecelluisset. Significationes item perscriptæ erant somniorum, quæ partim ipse, partim nonnullæ conjugum ejus viderant. Ad hæc Monimes ad eum, & ad hanc illius lascivæ epistolæ.* Hactenus bene: sed ecce calumniam. *Theophanes etiam Rutilii inventam prodit orationem, qua eum ad civium Romanorum cædem in Asia inflammavit: quod recte plerique a Theophane conjiciunt maliciose confictum, qui nihil sui Rutilium similem prosequeretur odio. Probabile etiam fit Pompeii caussa: cujus patrem* (intellige Pompejum Strabonem) *hominem teterrimum ostendit in Historiis Rutilius.* Fuit autem Theophanes Lesbius Gn. Pompeii Magni familiaris, ab eo civitate donatus, ejusque rerum scriptor, uti dicimus a Valerio Maximo, *Lib. VIII. Memorabil. cap.* 14. Strabone *Lib. XIII. pag.* 425. Vellejo Paterculo, *Lib. II. cap.* 18. & a Julio Capitolino, *in Maximo, & Balbino.*

XXVI. Sed ut calumniæ atrocitas melius intelligatur, operæ pretium erit scire, quale, quamque detestandum fuerit scelus illud occisionis Romanorum. Mithridates Ponticus Rex, vir bello acerrimus, aliquando fortuna, semper animo maximus, consiliis dux, miles manu, odio in Romanos Hannibal, cives Romanos per urbes Asiæ dispersos consiliis suis impedimento esse intelligens, Coss. Q. Pompejo & L. Sylla A. u. c. DCLXVI. Epheso secretas litteras Satrapis omnibus civitatumque magistratibus scripsit, ut universi ad eandem diem trigesimam invaderent armis Romanos, Italosque hospites cum uxoribus, liberis, cæterisque ingenuis domesticis Italici generis, & occisos, insepultos abjicerent; & bona eorum partim Regi, partim percussoribus cederent. Per præconem etiam interminatus est multam cæsos sepelientibus, aut vivos celantibus præmio proposito iis, qui latitantes tollerent: pollicitus servo libertatem, si herum occideret, debitori vero creditorem necanti debitæ pecuniæ dimidium. His clam ad omnes simul scriptis, explicari, aut comprehendi nullo modo verbis potest, quæ tunc multitudo civium Romanorum cæsa sit (Memnon apud Photium *cod. CCXXIV. cap.* 33. & Valerius Maximus, *Lib. IX. cap.* 2. memorarunt octuaginta millia, Plutarchus *in Sylla, pag.* 80. centum quinquaginta millia) quis mœror plurimarum provinciarum, quis gemitus occidendorum pariter atque occidentium fuerit, cum singuli quique aut prodere innocentes hospites & amicos, aut ipsi periclitari pœna hospitum cogerentur. Itaque una die tota Asia, tot in civitatibus uno nuncio, atque una littera-

Digitized by Google

rum significatione, tot cives Romani necati trucidatique sunt, uti refert Cicero, *pro Milone cap.* 3. & in *Orat. pro Flacco, cap.* 25. Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 18. Livii Epitomator *Lib. LXXVII.* Valerius Maximus, *Lib. IX. cap.* 2. Florus, *Lib. III. cap.* 5. Plutarchus *in Sylla pag.* 80. Eutropius, *Lib. V. cap.* 5. S. Hieronymus *de erroribus Origenis*, Orosius, *Lib. VI. cap.* 2. Quod si tam immane facinus Rutilio tribuitur, næ ille sui sæculi nocentissimus fuisset. Atqui scimus Rutilium post crudelissimam illam cædem certatim laudatum fuisse a Romanis, & felicissime vixisse, nemine eum reprehendente. M. autem Tullius Rutilium tanti fecit, ut eum licet adolescentem interlocutorem fecerit honoris gratia in Disputatione *de Republica*: sic enim scribit Attico, *epist.* 16. *Lib. IV. Hanc ego de Republica quam institui disputationem in Africani personam, & Phili, & Lælii, & Manilii contuli. Adjunxi adolescentes Q. Tuberonem, P. Rutilium, duos Lælii generos, Scævolam, & Fannium.*

XXVII. Jam supra didicimus ex Dionis *Excerptis*, *pag.* 639. Rutilium initio exsilii sui Mitylenis vixisse, & postea Smyrnam concessisse. Ibi eum audivit Cicero, ut ipse testatur *in Bruto, cap.* 22. idemque *pro Balbo, cap.* 11. ait, Smyrnæ civem fuisse: quod etiam docet Tacitus, *Lib. IV. Annal. cap.* 43. ubi ita scripsit. *Tunc tractatæ Massiliensium preces, probatumque P. Rutilii exemplum, namque eum legibus pulsum, civem sibi Smyrnæi addiderunt.* Quam autem dives, & quam honoratus ibi vixerit, didicimus etiam ex Dione, aliisque scriptoribus, ut merito reprehendendus sit impius ille, qui apud Minucium Felicem in *Octavio* sub persona Cæcilii, *pag.* 40. sic ait. *Quod si mundus divina providentia, & alicujus Numinis auctoritate regeretur, nunquam mereretur Phalaris & Dionysius Regnum; nunquam Rutilius & Camillus exsilium, nunquam Socrates venenum.* Sed sapienter Seneca *de Providentia, cap.* 3. licet Fortunæ nomine abutens. *Ignominiam* (inquit) *judicat gladiator, cum inferiori componi: & scit eum sine gloria vinci, qui sine periculo vincitur. Idem facit Fortuna, fortissimos sibi pares quærit, quosdam fastidio transit. Contumacissimum quemque & rectissimum aggreditur, adversus quem vim suam intendat. Ignem experitur in Mucio, paupertatem in Fabricio, exsilium in Rutilio, tormenta in Regulo, venenum in Socrate, mortem in Catone. Magnum exemplum, nisi mala fortuna, non invenit. Infelix est Mucius, quod dextera ignes hostium premit, & ipse a se exigit erroris sui pœnas? quod Regem, quem armata manu non potuit, exusta fugat? Quid ergo? felicior esset, si in sinu amicæ foveret manum? Infelix est Fabricius, quòd rus suum, quantum a Republica vacavit, fodit? quòd bellum tam cum Pyrrho, quàm cum divitiis gerit? quod ad focum cœnat illas ipsas radices, & herbas, quas in agro repurgando triumphalis senex vulsit? Quid ergo? felicior esset, si in ventrem suum longinqui littoris pisces, & peregrina aucupia congereret? Si conchyliis superi atque inferi maris, pigritiam stomachi nauseantis erigeret? Si ingenti pomorum strue cingeret primæ formæ feras, captas multa cæde venantium? Infelix*

felix est Rutilius, quod qui illum damnaverunt, caussam dicent omnibus saeculis? quòd aequiore animo passus est se patriae eripi, quàm sibi exsilium? Quòd Sullae Dictatori solus aliquid negavit, & revocatus non tantum retro cessit, sed longius fugit? Viderint, inquit, isti, quos Romae deprehendit felicitas tua. Videant largum in foro sanguinem, & supra Servilium lacum (id enim proscriptionis Sullanae spoliarium est) Senatorum capita, & passim vagantes per urbem percussorum greges: & multa millia Civium Romanorum, uno loco post fidem, imo per ipsam fidem, trucidata. Videant ista qui exsulare non possunt. Huc usque Seneca.

XXVIII. Tacitus nullo modo praeterire possum laudes quibus Seneca Rutiliam celebravit ob mores simillimos fraternis. Ait ille in *Consolatione ad Helviam*, *cap.* 16. *Rutilia Cottam filium suum secuta est in exsilium*, (Marianis temporibus) *& usque eo fuit indulgentia constricta, ut mallet exsilium pati, quàm desiderium: nec ante in patriam, quàm cum filio rediit. Eundem jam reducem, & in Rep. florentem tam fortiter amisit, quàm secuta est: nec quisquam lacrimas ejus post elatum filium notavit. In expulso virtutem ostendit, in amisso prudentiam. nam & nihil illam a pietate deterruit, & nihil in tristitia supervacua stultaque detinuit.*

XXIX. Quandiu vixerit Rutilius, incertum est. Sed longaevum fuisse colligitur ex eo, quòd Cicero eum adolescens audivit Smyrnae, ut ipse *in Bruto* testatur, *cap.* 22. anno, ut puto, ab u. c. DCLXXVI. M. Æmilio Lepido, & Q. Lutatio Catulo Coss. quo Cicero Syllae morte audita Asiam peragravit, ut refert Plutarchus in *Cicerone*, *pag.* 443. Longius autem produxisse vitam ejus uxorem Liviam non negabo: nam Plinius *Lib. VII. Natur. Histor. cap.* 48. inter macrobios non recensuit Rutilium, de Livia vero ita scripsit: *Et ex feminis Livia Rutilii XCVII. annos excessit.*

XXX. Multa scripsit Rutilius; sed quorum pauca & exigua supersunt fragmenta. Diomedes *Lib. I. pag.* 372. mentionem fecit Orationis *pro L. Caertio ad Populum*, cujus argumentum ignoratur: quod fragmentum perperam Catoni tribuit Priscianus, *Lib. X. pag.* 892. cum Diomedi antiquiori potius credere debeamus.

XXXI. Alterius Orationis ejusdem Rutilii mentionem fecit Suetonius in *Augusto*, *cap.* 89. cujus haec sunt verba. *Etiam libros totos & Senatui recitavit* (Augustus) *& Populo notos per Edictum fecit: ut Orationes Q. Metelli de prole augenda, & Rutilii de modo aedificiorum: quo magis persuaderet utramque rem non a se primo animadversam, sed antiquis jam tunc curae fuisse.* Ut autem hoc intelligatur, sciendum est quod Vitruvius ait, *Lib. II. de Architectura cap.* 8. de Urbe Roma verba faciens. *In ea autem majestate Urbis & Civium infinita frequentia, innumerabiles habitationes opus fuit explicare. Ergo cum recipere non posset area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis aedificiorum res ipsa coëgit devenire.* De eadem re verba faciens Aristides Sophista, *Orat. in Romam* sic ait. *Sicut*

ut vir aliquis qui cæteris magnitudine ac robore multum præstet, alios quoque in se sublatos ferre gaudeat: eodem modo & hæc, cum tantum terræ spatium contineat, non tamen quiescit, antequam & alias æqualis sibi superimpositas urbes, alteram super alteram ferat, ut ejus fert nominis ratio: totumque quod hic videmus, robur est. Quocirca is, qui eam diligenter vellet evolvere: & quæ nunc in sublimi sunt, Urbes humi juxta se invicem deponere, existimarem fore ut omnis Italiæ reliqua pars compleretur, atque una urbs ad Ionium usque mare continua protenderetur. Cum ædificia igitur mirum in modum extollerentur, *ut ruinæ caverentur, edixit* Augustus (referente Strabone, *Lib. V. pag.* 162.) *ne novum ullum ædificium ad viam publicam factum ultra septuaginta pedes extolleretur.* Hunc ædificiorum modum coarctavit Trajanus statuens (ut ait Aurelius Victor in eo *cap. XIII.*) *ne domorum altitudo sexaginta superaret pedes, ob ruinas faciles, & sumtus, si quando talia contingerent, exitiosos.* Hinc novum opus nunciari potest, si quid contra leges edictave Principum, quæ ad modum ædificiorum facta sunt, fiet, *l.* 1. *§. nunciamus* 17. *de oper. novi nunc.* Ideoque servari debet vetus forma, cujus meminit *lex ex quo* 12. *§. & nos* 1. *Cod. de ædif. privat.* Has nimis sublimes exstructiones displicuisse Romanis etiam extra Urbem, probat illud Valerii Maximi, *Lib. VIII. cap.* 1. ubi ait: *Admodum severæ notæ & illud Populi judicium, cum M. Æmilium Porcinam a L. Cassio accusatum crimine exstructæ villæ in Aliensi agro, gravi multa affecit.* Augustus igitur insanis illis exstructionibus occurrere volens, recitavit coram Populo Orationem P. Rutilii *de modo ædificiorum*, modumque ipse præfinivit ædificiis.

XXXII. Præterea Rutilius scripsisse dicitur *Vitam P. Scipionis*, & ad hoc comprobandum allegari solet B. Isidorus, *Etymol. Lib. XX. cap.* 11. ubi in editione Regia Madridiensi anni 1599. sic legitur. *Lecticæ, sive plutei, lecti, de quibus Rutilius Rufus de Vita Scipionis. Primum, inquit, contra consuetudinem imperatorum ipse pro lectis lecticis utebatur.* In illo opere Rutilius Rufus Numantinarum rerum Historiam edidit laudatam ab Appiano Libro de *Bellis Hispaniensibus*, *pag.* 305. Cum igitur Rutilius ei bello interfuerit, & ex ejus scriptis multa Appianus transtulerit in *Iberica*, idcirco Appiano præ cæteris fides adhibenda est in rebus pertinentibus ad illud bellum. Sed si consulatur Isidoriana Editio Veneta anni 1483. per Petrum Loslein, observabitur in ea ita legi: *Satilius Rufus de vita sua*, ubi optime leges, *Rutilius Rufus de vita sua.* Neque idcirco negandum est Rutilium scripsisse de rebus a Scipione gestis in Bello Numantino, cum illarum rerum Historiam edidisse affirmaverit Appianus laudato loco, quod argumentum adeo illustre fuit, ut a perpetua sua Historia illud separaverit Polybius, ut docet Cicero *Lib. V. epistol. ad famil. epist.* 12. ad Lucceium.

XXXIII. Idem Rutilius Historiam Græce scripsit *de Rebus Romanis*, cujus memoriam debemus Athenæo, *Dipnosoph. Lib. IV. cap.* 20. ubi ita scripsit. *Mutio sit apud Romanos, (velut Posidonius Libro quadragesimo nono Historiarum*

Historiarum memoriæ tradidit) *de Apicio quodam, qui omnes homines intemperantia facile superavit. Est autem hic Apicius, qui auctor extitit, ut Rutilius, qui Romanam Historiam Græcis vocibus scripserat, in exsilium mitteretur. Sed de Apicio ob intemperantiam celeberrimo mentio dudum facta a nobis est.* Ubi Athenæus Apicios distinguit, Rutilii scilicet accusatorem a ganeone illo, qui Tiberii tempore vixit. Idem Athenæus, *Lib. VI. cap. ult.* iteravit mentionem ejusdem Historiæ. Sic enim scripsit, *Mucius Scævola tertius Romæ Fanniam legem servavit, tum Nautius Cæcilius Tubero, & Rutilius Rufus, qui patriam Historiam scripsit. jubebat enim lex ne plures tribus externis exciperentur, id quinquies tantum facere licebat singulis mensibus.* Ad eandem Historiam referri potest Rutilii allegatio apud Livium, *Lib. XXXIX. cap.* 52. Plutarchus in *Cajo Mario*, *pag.* 518. veracitatem, & probitatem tribuit Rutilio, quæ necessariæ sunt ad Historiam scribendam.

XXXIV. Denique scripsit Rutilius *Libros quinque de Vita sua*, quos Sosipater Charisius testimoniis adductis sæpe laudavit, cui adde B. Isidorum *Etymol. Lib. XX. cap.* 11. paullo antea emendato: & propterea existimandum est Latine scriptos fuisse. Rutilii librum Primum de *Vita sua* laudavit Charisius, *Lib. II. pag.* 176. Secundum, *Lib. I. pag.* 100. Tertium, *eod. Lib. pag.* 105. Quartum, *laudato Lib. pag.* 119. Quintum, *ipsomet Lib. pag.* 96. & *pag.* 112. Eandem *Vitam* Libro non designato allegavit Diomedes, *Lib. I. pag.* 371. & 372. Meminit hujus operis Tacitus initio libri de *Vita Agricolæ*, cum inquit. *Plerique suam ipsius Vitam narrare, fiduciam potius morum, quàm arrogantiam arbitrati sunt. Nec id Lutilio & Scauro citra fidem, aut obtrectationi fuit.* Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 9. ait æqualem Sisennæ Rutilium fuisse.

XXXV. Rutilium bene de aliorum ingeniis, & stilo judicasse, probant quæ de eo refert A. Gellius *Noct. Atticar. Lib. VII. cap.* 14. ubi ita scriptum. *Tum admirationi fuisse ajunt Rutilius & Polybius Philosophorum trium sui cujusque generis facundiam. Violenta, inquiunt, & rapida Carneades dicebat, scita & teretia Critolaus, modesta Diogenes & sobria.* nisi forte, *inquiunt*, illud, non ad Rutilium, & Polybium, sed ad Græcos referre malis. Utcumque sit, qualis fuerit Rutilii stilus colligi potest ex longiusculo ejus fragmento, quod Macrobio debemus, *Saturnal. Lib. I. cap.* 16. neque enim existimo Macrobium tam pure & eleganter locutum fuisse. Ecce ipsissima verba. *Rutilius scribit Romanos instituisse nundinas, ut octo quidem diebus in agris rustici opus facerent, nono autem die, intermisso rure, ad mercatum legesque accipiendas Romam venirent: & ut scita atque consulta frequentiore populo referrentur, quæ trinundino die proposita a singulis atque universis facile noscebantur. Ea re etiam candidatis usus fuit in comitium nundinis venire, & in colle consistere; unde coram possent ab universis videri. Sed hæc omnia negligentius haberi cœpta, & post abolita postquam in terundino etiam ob mul-*

titudinem plebis frequentes adesse cœperunt. Vides loquendi formam gravem, concisam, dignam homine sapiente, & jurisconsulto.

XXXVI. Quænam autem fragmenta in Digestorum libris extantia P. Rutilio Rufo tribui debeant, quæstionis est. Ego minime dubito ejus esse sententiam ab Ulpiano relatam, *l. si habitatio* 10. *§. utrum* 3. *de usu & habit.* quia ibi agitur de quæstione agitata inter veteres Jurisconsultos. Ob eandem rationem ad eundem Rutilium referri debet *lex qui penum* 3. *§. ligna* 9. *de penu leg.* Nec repugnabo, si quis eidem tribuat sententiam *l.* 1. *§. hoc interdictum* 1. *de arbor. cæd.* Existimo autem ad alium Rutilium, qui Prætor fuerit, pertinere, *l.* 1. *§. & quidem* 1. *de bon. libert.* Nam P. Rutilium Rufum fuisse Consulem & Q. Mucii Proconsulis Legatum certum est; Prætorem, non constat. Ego vero fragmentum hoc propter Rutilii nomen Commentario etiam ornabo.

ULPIANUS Lib. septimo decimo ad Sabinum. *in l. si habitatio* 10. *§. utrum* 3. *de usu & habitatione.*

Utrum autem unius anni sit habitatio, an usque ad vitam, apud veteres quæsitum est. Et Rutilius, donec vivat, habitationem competere ait. quam sententiam & Celsus probat libro octavo decimo digestorum.

COMMENTARIUS.

I. Habitatio potest relinqui ad certum tempus, veluti in annum, in quinquennium, & usque ad vitam, sive quandiu quis vivet; quod idem est, ac si simpliciter relinquatur, *nostra l. habitatio* 10. *§. utrum* 3. *de usu & hab. l. damnas* 15. *de usu & usufr. leg. l. Cassius* 18. *cum duabus præcedentibus de lib. leg.* Prima dicitur *annua*, *l. nec semel* 12. *§. si in habitatione* 5. *quando dies leg. vel fid. ced.* vel in singulos annos, *l. legatum* 10. *de cap. min. l. habitationis* 11. *de usu & usufr. leg.* Secunda, simpliciter *habitatio* dicitur.

II. Formulæ relinquendi habitationem variæ sunt. Communes hæ. *Illi habitationem lego*, *l. illi* 40. *de usu & usufr. leg. Damnas esto heres Titium sinere in illa domo habitare*, *l. damnas* 15. *de usu & usufr. leg. Habitationem relinquo*, *l. si plures* 18. *de usu & usufr. leg. Habitationes in domo dari volo*, *l. codicillis* 34. *eod.* Minus frequens formula, & de qua olim dubitatum est, an per eam ususfructus intelligeretur relictus, erat hæc. *Illi domus usumfructum habitandi causa do lego*, per quam formulam cum *Priscus*, & *Neratius* putassent, solam habitationem, non usumfructum legatum, Ulpianus amplius progressus est, ac dixit, valere etiam hanc: *Usum habitandi causa do lego*: ac propterea (quod supplendum) non tam usum, quàm habitationem legatam, præsertim cum usus & habitatio idem effectu sint,

vel

Digitized by Google

vel ipso Papiniano consentiente, nostra *l. habitatio* 10. *in princ.* & §. *sed si* 2. *de usu & habit.* Illud obiter animadverti velim, disputationem illam (uti mihi videtur) ortam fuisse antiquitus ex nimia subtilitate, ne forte videretur una servitus, veluti ususfructus, aut usus, medium esse ad aliam quasi servitutem, ambiguumque jus constituendum, de cujus natura dubitaretur, ad usumfructumne, an ad usum propius accederet.

III. His suppositis, quæsitum est apud veteres Jurisconsultos utrum si habitatio relicta sit, vel per illam formulam, *illi domus usumfructum habitandi causa do lego*; vel per hanc, *illi usum habitandi causa do lego*; intelligatur relicta unius anni habitatio; an usque ad vitam, id est, dum habitandi supersit vita? Et Rutilius, Ulpiano referente, donec vivat habitationem competere ait. Quis sit hic Rutilius certo non constat. Sane cum Ulpianus referat, hoc quæsitum esse apud veteres, eò propendet animus, ut intelligam allegari P. Rutilium Rufum, qui proculdubio est unus ex veteribus Jurisconsultis. Non igitur intelligendus P. Rutilius Lupus, qui Consul fuit cum L. Julio Cæsare anno ab u. c. DCLXIV. cujusque fecit mentionem Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 5. Julius Obsequens, *cap.* 53. & Epitome Liviana *Lib. LXXIII.* Neque alius Rutilius Lupus, qui vixit sub divis fratribus, *l. rescripto* 6. *de muner. & honor.* Neque Rutilius Severus, qui eodem tempore vixit, *l.* 1. *in princ. de inspic. ventre.* Neque Rutilius ille Lupus, cujus fragmenta leguntur inter Rhetores antiquos, cujusque fecit mentionem Quintilianus *Instit. Orator. Lib. III. cap.* 1. *Lib. IX. cap.* 2. & 3. cui adde Gruterum, *pag. DCCCCXCIII. n.* 11. Neque Rutilius Gallicus, qui vixit tempore Domitiani, ut constat ex Papinii Statii *sylva IV. Lib. I.* Denique neque incertæ ætatis Jurisconsultus Rutilius Maximus, qui librum singularem scripsit ad legem Falcidiam, *l. si heres* 125. *de legat.* 1. Ut ut sit, P. Juventius Celsus qui Consul fuit sub Hadriano, *l. item* 20. *de her. pet.* adeoque antiquior plerisque ex memoratis Rutiliis, Prætoris Rutilii sententiam probavit *libro octavo decimo Digestorum*, in quo tractavit, tam *de servitutibus realibus*, quàm *de personalibus*, ut ex ejus constat reliquiis.

IV. Hoc autem interest inter habitationis legatum simpliciter, & in singulos annos relictum, quòd hoc repetitum censeatur: cumque ita legatur, non unum legatum esse, sed plura constat, *l. cum in annos* 10. *quando dies leg. vel fid. ced. l. si in singulos* 4. *de ann. & menstr. leg. l. cum in annos* 11. *eod.* Cui consequens est, non semel diem ejus legati cedere, sed per singulos annos, *l. nec semel* 12. *quando dies leg. vel fid. ced. l. habitationis* 11. *de usu & usufr.* Et ad cessionem inspicitur initium cujusque anni, *d. l. nec semel* 12. §. *sed utrum* 1. §. *sed & si* 4. §. *si in habitatione* 5. *quando dies leg. vel fid. ced.* contra quàm evenit in stipulatione, *l. si Stichum* 16. §. *stipulatio* 1. *l. qui hoc anno* 42. *de verb. oblig.* In stipulationibus enim cum quæritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt,

l. stipulatio 38. *§. in stipulationibus* 18. *l. quidquid* 99. *de verb. oblig.* Quapropter, si habitatio servo, aut filio familias relicta sit, *in annos singulos*; deinde post primum, vel alterum annum, sit liber, aut emancipatus; sibi habitationem adquiret, *argum. l. nec semel* 12. *§. inde* 2. *quando dies leg. vel fil. ced.* Notanda igitur est differentia inter habitationem *simpliciter* legatam, & *in singulos menses*, aut *annos*. illa semel cedit, *l. damnas* 15. *de usu & usufr.* hæc quoties dies, mensis, aut annus venit, per ea quæ supra allegavi. Est præterea insignis alia differentia; nam, si servus cui habitatio in singulos annos relicta est, alienatus sit, aut filius familias in adoptionem datus; intra illum annum dominus pristinus, pater naturalis, servus & filius familias habitare poterunt; quia ipsis utiliter cessit habitatio: novus dominus, aut novus pater familias habitare non poterunt jure sibi quæsito, quia nondum sibi quæsitum est; utpote nondum cessit; habitare tamen ut hospites poterunt *argum. §. item* 2. *Inst. de usu & habit.* Et eo anno finito pristinus dominus, aut naturalis pater habitare desinent; quia prior habitatio, sive, ut proprius loquar, prius jus habitationis, jam finitum est, & nova habitatio, vel novum habitationis jus esse incipit. Si vero servo, aut filio simpliciter habitatio relicta sit, quia semel tantum utiliter cessit, unumque solum legatum est, etiamsi servus alienatus, aut filius adoptatus sit, pristino domino, & patri, semper licebit habitare, sicuti etiam servo & filio, quasi duplici habitatione constituta, *argum. l. ult. Cod. de usufr.* Non vero domino, & novo patri, ne multiplicetur in pluribus jus, quod duobus tantum relictum intelligitur. Quod potius secundum juris rigorem procedere existimo; nam æquitate attenta aliud definiendum putarem, *argum. §. item is* 2. *Instit. de usu & habit.* sine præjudicio tamen proprietarii, ita scilicet, ut novus dominus, aut pater, servo, aut filio mortuo, habitare non possent. Denique illud animadversione dignum existimo, repetitionem legati habitationis in eo differre a repetitione legati usus & ususfructus, quòd horum repetitio ideo utilis est, ut si forte capitis deminutio interveniat, iterum usus & ususfructus debeatur, *l. sicut* 3. *quib. mod. usufr. vel usus amitt.* Idemque dicendum est, si per non usum amissi sint. Habitatio vero, cum neque capitis deminutione, neque in usu intereat, *l. legatum* 10. *de cap. min. l. si habitatio* 10. *vers. denique de usu & habit.* non ideo repetitur, sed ut si forte habitator capite minutus sit, habitatione constituta, cum assignatum tempus advenerit, possit uti liberius, aut ipse solus, si manumissus, aut emancipatus sit; aut cum domino, aut cum patre, cui est subjectus, si alienatus, aut in adoptionem datus est.

ULPIA-

ULPIANUS Libro vicesimo secundo ad Sabinum. in l. qui penum 3. §. ligna 9. de Penu legata.

Ligna, & carbones, ceteraque per quæ penus conficeretur, an penori legato contineantur, quæritur. & Quintus Mucius & Ofilius negaverunt: non magis, quàm molæ, inquiunt, continentur. idem & tus & ceras contineri negaverunt. sed Rutilius & ligna & carbones, quæ non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Sextus autem Cæcilius etiam tus, & cereos in domesticum usum paratos, contineri legato scribit.

COMMENTARIUS.

I. Favorini philosophi disputatio est apud Gellium *Noct. Atticar. Lib. IV. cap.* 1. in hanc sententiam. *Ne illi quidem veteris Juris magistri, qui Sapientes appellati sunt, definisse satis recte existimantur quid sit penus. Nam Q. Scævolam ad demonstrandum penum, his verbis usum audio. Penus est, inquit, quod esculentum, aut poculentum est. quod enim ipsius patris familias, aut liberûm patris familias, ejusque familiæ, quæ circum eum, aut liberos ejus est, & opus non facit, causa paratum est, ut Mucius ait, penus videri debet. Nam, quæ ad edendum bibendumque in dies singulos prandii, aut cœnæ causa parantur, penus non sunt: sed ea potius, quæ hujusce generis longe usionis gratia contrahuntur, & reconduntur, ex eo quòd non in promtu sint, sed intus & penitus habeantur, penus dicta sunt.* Hactenus Favorinus, cujus disputationi adjungenda sunt, quæ refert Ulpianus, *l. qui penum 3. de penu legata*, quæque docet Festus in *v. penora. Penora*, inquit, *dicuntur res necessariæ ad victum cotidianum. & locus eorum penarius.* ubi necessaria non est aliqua correctio. locus enim dicitur penarius, sicuti *cella penaria*, apud Varronem; *Lib. IV. de Ling. Lat. pag.* 53. in optima editione Romana ex Bibliotheca Antonii Augustini, & apud Caprum Grammaticum; & apud Ciceronem *in Verrem Lib. II. cap.* 2. *itaque ille M. Cato sapiens cellam penariam Reipublicæ nostræ, nutricem Plebis Romanæ, Siciliam nominavit*; quam *penuariam* vocat Ulpianus, nostra *l. qui penum* 3. *§. sive autem* 8. *de penu legata.* sicut *horreum penuarium*, *§. ult. ejusdem legis*, quod *penarium* etiam per ellipsin recte diceretur. illud autem præterire non possum, obscuriuscula esse illa Q. Mucii Scævolæ verba, *& opus non facit*, relata a Favorino in memorato cap. Gellii, & ab Ulpiano in *d. l. qui penum* 3. *§. sed quod diximus* 6. *de pen. legata.* quibus verbis Q. Mucius materiam præbuit Servio notandi, ut textorum & textricum cibaria adjiceret contineri. sed Mucius eos voluit significare, qui circa patrem familias sunt, Ulpianus *nostra l. qui penum* 3. *§. quod diximus* 6.

Digitized by Google

II. Notandum obiter hoc nomen, *penus*, multiplicem habere terminationem, declinationem, & genus, testibus Gellio *dicto Lib. IV. cap.* 1. Nonnio Marcello, Charisio *lib. I. pag.* 57. *&* 113. Prisciano *in quinto*, *pag.* 654. *pag.* 658. *&* 713. & Ulpiano, *l. nam quod liquidæ* 3. *§. nomen* 3. *de penu legata*. dicitur enim *penus*, *peni*, per secundam declinationem genere masculino teste Pomponio apud Paulum, *d. l. nam quod liquidæ* 4. *§. ult. de penu legata. penus*, *penus* per quartam declinationem genere feminino, *tit. de penu legata*, & apud Ulpianum *l.* 1. *l. qui penum* 3. *in princ. §. plane* 2. *§. poculenta* 4. atque apud Paulum, *l. nam quod liquidæ* 4. *in princ. §. si cui* 1. *§. item* 3. *§. si ita* 4. *§. quod si* 5. *§. si cui* 6. *l. non omne* 5. *§. sed quod* 1. *l. instrumentum* 6. & apud Scævolam, *l. penum* 7. *de penu legata. Penum*, *peni*, per secundam declinationem genere neutro, apud Pomponium, *l. cum alii* 2. *in princ. de tritico, vino, vel oleo legato*, & apud Paulum, *l. nam quod liquidæ* 4. in princ. de penu legata (adde Plautum *in Captiv. Actus IV. sc.* 4. *v.* 12.

Dicam ut sibi penum aliud ornet, siquidem sese uti volet.

denique *Penus*, *penoris*, per tertiam declinationem etiam neutro genere, apud Ulpianum, *l.* 1. *in princ. l. qui penum* 3. *§. penori* 5. *sive autem* 8. *§. ligna* 9. *§. Servius* 10. *&* apud Scævolam, *l. ult. de penu legata.*

III. Ex superioribus apparet, Penum esse, *quicquid ad annuum honestæ vitæ usum paratum est.* Dixi *ad annuum usum*, secutus Paulum *l. nam quod liquidæ* 4. *§. item si* 2. *de penu legat.* item ea quæ venditioni destinantur *nostro §. ligna*, & *§. vasa* 11. *& l. nam quod liquidæ* 4. *§. item* 2. *de penu legata.* Quapropter nimis late dixit Cicero *II. de nat. Deor. cap.* 27. *Est enim omne quo vescuntur homines, penus.* In usu autem inclusi tum ea quæ anno labente per esum potumque consumuntur, ut mel, & vinum, *nostra l. qui penum* 3. *in princ. & §. plane* 2. *§. poculenta* 4. *§. sive autem* 8. *de penu legata* (nisi alii penum, alii vinum legatum est, *l. cum alii* 2. *de trit. legat.*) tum ea in quibus sive per quæ esse (id est, comedere) solemus: oleum forte, garum, muria, mel, ceteraque his similia, *nostra l. qui penum* 3. *§. sed Aristo* 1. *cum quatuor seqq. & §. sive autem* 8. *l. non omne* 5. *in princ. & §. sed quod* 1. *de penu legat.* Præterea illa quæ ad quotidianum usum requiruntur, *nostra l.* 3. *§. Servius* 10. Atque iste usus talis esse debet, qualis ad *honestam vitam* esse solet. Quamobrem etiam instruit penum quod pater familias paravit gratia amicorum, & clientium, & universorum quos circa se habet, non etiam ejus familiæ, quam neque circa se, neque circa suos habet, *nostra l. qui penum* 3. *§. sed quod diximus* 6. Simili modo & jumentorum cibaria penui continentur; sed eorum jumentorum, quæ usibus ipsius, & amicorum deserviunt. cæterum, si qua jumenta agris deserviunt, vel locantur, non continentur, *nostra l.* 3. *in princ. & §. simili modo* 7. Ergo annuus hic honestæ vitæ usus complectitur

plectitur ea cibaria, aut poculenta, quæ nos, nostrique domestici, aut amici, esse, aut bibere solent. Sed non omne quod libitur, in penu habetur: alioqui necesse est, ut omnia medicamenta, quæ biberentur, contineantur: itaque ea demum penoris esse, quæ alendi causa biberentur: quo in numero antidotum non est, & sane vere Cassius sensit, *l. non omne 5. de penu legata.* & ratio est, quia antidotum non paratur ad annum honestæ vitæ usum. Nunc apparet, cur apud Plautum in *Pseudolo actus I. sc. 2. ver.* 44. leno vocavit penum annuum

Facite hodie, ut mihi munera multa huc ab amatoribus conveniant.
Nam nisi penus annuus hodie convenit, cras populo prostituam vos.

IV. Denique dixi: *quod paratum est*, ut intelligatur, nec dolia, nec frumenti, nec leguminum thecas, arculas forte, vel sportas, vel si qua alia sunt, quæ horrei penuarii, vel cellæ penuariæ instruendæ gratia habentur, non contineri (negatio hic energiæ, non affirmationis causa repetitur, ut sæpe alias quoties scilicet negatio prior longe distat) sed ea sola contineri, sine quibus penus haberi non potest, ut vasa penuaria, & amphoræ ad usum penoris necessariæ, *§. ult. nostræ legis*, *l. penu 2. l. ult. de penu legata.* instrumentum pistrini, item universa vasa coquinatoria penu non continentur, *l. instrumenta 6. de penu legata.*

V. His ita constitutis, & exposito prope integro titulo *de penu legata*; quæritur *in nostro §. an ligna & carbones*, ac cetera per quæ penus conficitur, ac instruitur, legato penoris contineantur? Et Q. Mucius & Ofilius negaverunt. *non magis, quàm molæ*, ajebant, *continentur.* sed verior est P. Rutilii Rufi sententia, quam sequitur Ulpianus in hoc nostro textu. Rutilius sic distinguebat. aut ligna & carbones vendendi causa parata sunt; aut usus domestici gratia? si primum, legato penoris non continentur; bene vero si secundum. Ejusdem opinionis fuit Masurius Sabinus apud Gellium *Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 1. in fine. *Masurius autem Sabinus* (inquit Gellius) *in libro Juris Civilis secundo, etiam quod jumentorum causa apparatum esset, quibus dominus uteretur, penori attributum dixit. ligna quoque & virgas, & carbones, quibus conficeretur penus, quibusdam ait videri esse in penu. Ex his autem, quæ promercalia & usuaria in locis iisdem essent, ea sola esse penoris putat, quæ sint usui annuo.* Quid lignorum & carbonum nomine contineatur, disces ex *l. ligni* 55. *l. pali* 56. *de legatis* 3. *l. carbonum* 167. *l. pali* 168. *de verb. sign.*

VI. Iidem Q. Mucius, & Ofilius, & tus, & cereos contineri legato penoris negaverunt. Sextus autem Ælius, & tus & cereos in domesticum usum paratos, contineri legato scribit. Et hæc quoque Servii Sulpicii sententia fuit, *§. Servius* 10. *nostræ legis.* Aliud esset, si tus, & cerei ad vendendum haberentur secundum Rutilii, Sabini, & Pauli sententiam, *nostro §. & l. nam quod liquidæ 4. §. item 2. de penu legata.* Quid sit tus non

Digitized by Google

non est necesse ut explicem. Cerei autem sunt faces cera contectæ, ut innuere videtur Plutarchus *in Quæst. Rom. sect. II.* & diversi sunt a candelis, quæ illinebantur pice, adeoque erant viliores: & idcirco ait: *Cereos Saturnalibus muneri dabant humiliores potentioribus, quia candelis pauperes, locupletes cereis utebantur.* S. Isidorus *Etymol. Lib. XX. cap.* 10. *Cereus per derivationem a cera nomen habet, ex qua formatur, de quo quidam:*

Hic tibi nocturnos præstabo cereus ignes,
Subducta luce mox altera lux tibi sum.

Quidam inquit, intelligens Martialem, apud quem tamen distichon illud de cereo *Lib. XIV. epigr.* 42. ita legitur.

Hic tibi nocturnos præstabit cereus ignes:
Subducta est puero namque lucerna tuo.

Rationem conficiendi cereos optime descripsit Vetus Juvenalis interpres, *sat.* 1. §. 155. ad illud:

Pone Tigillinum, tæda lucebis in illa
Quas stantes ardent, qui fixo gutture fumant.

Ait: *Hoc est in satyra ponere, vituperare Tigillinum, quem si læseris, vivus ardebis, quemadmodum in munere Neronis vivi arserunt, de quibus ille jusserat cereos fieri, ut lucerent spectatoribus, cum fixa essent illis guttura, ne se curvarent. Nero maleficos homines tæda & papyro & cera supervestiebat, & sic ad ignem admoveri jubebat ut arderent.* Et hoc modo martyrii palmam adeptos quamplurimos Christianos satis constat ex Historia Ecclesiastica: quin etiam ex Tacito, qui de Christianis loquens, *Annal. Lib. XV. cap.* 44. sic ait: *Et pereuntibus addita ludibria, ut ferarum tergis contecti, laniatu canum interirent, aut crucibus affixi, aut flammandi, atque ubi defecisset dies, in usum nocturni luminis urerentur.*

VII. Si cui mirum videatur, paulo ante a me dictum esse superiorem sententiam Sextum Ælium scripsisse, cum Pandectæ faciant auctorem Sex. Cæcilium; is mecum in memoriam revocet hæc Gellii verba *dicto Lib. IV. cap.* 1. *Præterea* (inquit) *de penu adscribendum hoc putavi, Servium Sulpicium in reprehensis Scævolæ capitibus scripsisse Sexto* (ita legendum & non, *Sejo*, ante nos alii jam observarunt) *Ælio placuisse, non quæ esui tantum & potui forent: sed tus quoque & cereos in penu esse, quodque esset ejus ferme rei causa comparatum.* Vides eorundem prope verborum, ac quæ Sexti Cæcilii nomine afferuntur in Pandectis, auctorem apud Gellium esse Sextum Ælium, unum e priscis illis Jurisconsultis, Mucio, Ofilio, Rutilio, & Sulpicio superiorem, quem ob eximiam prudentiam *catum* Ennius appellavit elegantissimo illo carmine.

Egregie cordatus homo catus Æliu' Sextus.

Cur igitur diversos agnoscamus auctores, cum alioqui Ulpianus & Gellius in superiori disputatione referenda omnino consentiant, & facillima fuerit

fuerit trium litterarum inversio. Dele itaque illas, & confidenter pro *Cæcilio*, lege, *Ælio*.

VIII. Hæc cum ita se habeant, nunc videndum est, an penu legata contineantur molæ, quod Q. Mucius, & Ofilius negaverunt. Ego puto contineri, quia per molas penus conficitur, & sine iis penus haberi non potest, *nostra l. qui penum* 3. *§. ult.* Non loquor de molis olivariis, quarum mentio est apud Pomponium, *l. cum fundus* 21. *de instr. vel instr. legat.* & Paulum, *Lib. III. Sentent. tit.* 6. *de legatis §. cogendorum* 36. Neque de molis molendariis, de quibus loquitur Neratius apud eundem Paulum, *l. cum de lanionis* 18. *§. asinam* 2. *de instr. vel instr. leg.* quæ jumentariæ dicuntur a Javoleno, *l. dolia* 26. *§. malus* 1. *eod. tit.* & fortasse ejusmodi molas intellexerunt Q. Mucius, & Ofilius; sed loquor de molis manuariis, quarum mentio est apud eundem Javolenum, *dicta l. dolia* 26. *§. molas manuarias* 1. *de instr. vel instr. legat.* Aliqua mihi hæsitatio est circa chartas epistolares, quas penoris esse Servio consentiens tradit Ulpianus *nostra l. qui penum* 3. *§. Servius* 10. Josephus Finestresius, Antecessor Cervariensis, vir eruditissimus, ac modestissimus, ait se nullam invenire rationem ob quam illas ad penum pertinere sibi persuadeat. Sane chartas ad ratiunculam, sive logarion paratas, hoc est, illas, quæ in penario reposita, quæque inde subducta fuerunt, descripta haberentur, ut parata exinde sit ratio accepti & expensi, consteque quantum in penu sit, non dubito colorem aliquem juris habere, si eas legatarius petat, proindeque legato penoris contineri, *nostra l. penum* 3. *§. Servius* 10. Sed in epistolaribus chartis exigendis quis color, amabo, prætexi poterit ut penoris legato cedant? An chartæ ejusmodi sunt, ut sine iis penus haberi non possit? quod necessarium erat ut in penore continerentur. Atqui hoc absurdissimum. Quid igitur dicemus? locone illorum verborum, *chartas epistolares* reponemus *coronas epulares*? quas coronas mensarum appellavit Ulpianus *l. cum aurum* 19. *§. sed & in coronis* 14. *de auro arg. legat.* quarumque fuit in conviviis frequentissimus usus. An potius legemus, *chartas emporeticas*, sive *emporeuticas*, quæ scribendo inutiles, mercibus involvendis deservire poterant, secundum illud Horatii *Epistolar. Lib. II. epist.* 1. *in fine.*

Deferar in vicem vendentem tus, & odores,
Et piper, & quicquid chartis amicitur ineptis.

Et illud Persii *sat.* 1.

. . . *nec scombros metuentia carmina, nec tus.*

Itemque Martialis *Lib. III. epigr.* 2.

Cujus vis fieri, libelle, munus?
Festina tibi vindicem parare,
Ne nigram cito raptus in culinam
Cordyllas madida tegas papyro,
Vel turis, piperisque sis cucullus.

Quidquid dicere malueris, habebis ducem Finestresium, qui has duas lectiones a se excogitatas mihi per Epistolam proposuit. Ego si de hac re ex compromisso arbiter sumar, aut arbitrium non recipiam; aut arbitrio recepto, si cogar dicere sententiam, secundum Finestresium pronunciabo. Nisi forte, me auctore, dicere velis, Servium locutum fuisse de chartis epistolaribus, quæ nulli alii rei esse possunt utiles, nisi involucris. Equidem nos eas destinare solemus ad Chocolatæ massam involvendam.

ULPIANUS Libro quadragesimo secundo ad Edictum. in l. hoc edictum 1. §. *& quidem* 1. *de bonis libertorum.*

Et quidem prius Prætor Rutilius edixit, se amplius non daturum patrono, quàm operarum & societatis actionem: videlicet, si hoc pepigisset, ut nisi ei obsequium præstaret libertus, in societatem admitteretur patronus.

COMMENTARIUS.

I. Libertorum libertas imminuitur tribus in rebus, obsequio, operis, successione, quæ remanserunt etiam post latinam & deditítiam libertatem sublatam, *§. libertinorum* 3. *Instit. de libert. l. unic. Cod. de lat. libert. toll.* Quin & post ingenuitatem omnibus manumissis concessam, *Novel. ut lib. de cæt.* 78.

II. Recta methodus postulabat, ut de obsequio prius ageremus: sed nos ab operis initium faciamus, quarum explicatio latior, & difficilior est.

III. Operæ, aut sunt officiales, aut artificiales, sive fabriles, *l. operæ* 9. *§. sed officiales* 1. *l. hæ operæ* 23. *in princ. de oper. libert.* Officiales operæ sunt quæ debentur Patrono ut Patrono pro commoditate ejus & usu, *l. si non in sortem* 26. *§. libertus* 12. *de condic. indeb. l. cum patronus* 22. *l. quoties* 24. *de oper. libert.* Vocantur etiam Obsequiales eo quod in obsequio maxime consistant, & earum editio nihil aliud sit, quàm officii præstatio, *d. l. si non* 26. *§. libertus* 12. *vers. sed si de condic. indeb. l. cum patronus* 22. *de oper. libert.* Debentur semper naturaliter: & civiliter etiam deberi possunt. Debentur naturaliter, etiamsi promissæ non fuerint; quia ut bene facienti gratiam aliquis referat, natura obligatur, *l. sed & si* 25. *§. consuluit* 11. *de hered. petit.* Ejus obligationis hæc est vis ac potestas, non quidem ut peti possint; sed ut repeti nequeant, si solutæ fuerint, *l. si sortem* 26. *§. libertus* 12. *de condic. indeb.* & ut ipsa obligatio post minimam capitis deminutionem non pereat, *l. eas* 8. *de cap. minut.*

IV. Hæ Officiales operæ debentur etiam civiliter, ut stipulationis, aut jurisjurandi. Non prius cedunt, quàm a patrono indictæ sint, aut petitæ, cujus

cujus commodo edendæ ſunt, *l. cum patronus* 22. *l. quoties* 24. *l. operæ* 9. *l. ſi quis* 13. *§. judicium* 2. *de oper. libert.* Cum autem conſiſtant in officio, quod ſoli patrono, & ex illius uſu & commodo a liberto debitum præſtandumque, non alii quam patrono præſtari debent, aut poſſunt, *l. operæ* 9. *de oper. libert. l. ſi non ſortem* 26. *verſ. ſed ſi de condic. indeb.* Ideoque nec marito patronæ deberi poſſunt, *l. liberti* 10. *Cod. de oper. lib. junctâ l. ſi vero* 64. *§. plane* 2. *ſolut.* Nec in fideicommiſſarium hereditatis transferuntur, *l. ſi patroni* 55. *ad S. C. Trebell.* Nec ad heredem extraneum, *l. pro herede* 20. *§. ſi quod tamen* 2. *de adq. vel omit. hered. l. fabriles* 6. *de oper. libert. l. liberti* 10. *Cod. eod.* Neque alteri poſſunt delegari, *l. ſi non ſortem* 26. *§. libertus* 12. *verſ. ſed ſi de condic. indeb.* Imo nec adjici poteſt perſona alterius, ſolutionis gratia, *l. ſervus* 10. *§.* 1. *cum legib. ſeqq. de oper. libert.* Sed neque deberi poſſunt ei a quo patronus adrogatus eſt, *princ. Inſt. de adq. per adrogat.* Neque patroni ſervus ſibi eas ſtipulari, *l. ſervus* 10. *de oper. libert. l. ſi ſervus* 38. *de ſtip. ſerv.* Imo nec ipſe filius ſibi ſtipuletur, *l. nihil* 11. *de oper. libert. l. ſi ſervus* 38. Non autem ſi ſimpliciter, & non adjecta perſona, *argum. l. ſi ſervus* 18. *§. ſi ſervus* 1. *de ſtip. ſerv.* Denique minima capitis deminutione extinguuntur, ut ait Imperator Juſtinianus, *§. ecce enim* 1. *Inſt. de adq. per adrog* quo caſu civili obligatione pereunte, naturalis permanet, *l. eas* 8. *de cap. minut.*

V. Aliud autem juris eſt in operis ſervo legatis, quas capitis minima deminutione non extingui certiſſimi juris eſt, *l. operæ* 2. *de oper. ſerv.* Hanc differentiam obiter nunc, dilucide tamen explicemus. Capitis deminutio minima, aut contingere poteſt in perſona patroni, aut in perſona liberti. Si contingat in perſona patroni, officiales operæ liberti peribunt, *§. ecce enim* 1. *Inſtit. de adq. per adrogat.* ratio eſt apertiſſima: nam cum officiales operæ cuiquam alii deberi non poſſint, quàm patrono, cum proprietas earum, & in edentis perſona, & in ejus cui eduntur, conſiſtat, *l. operæ* 9. *§. ſed officiales* 1. *de operis libert.* conſequens eſt, ut cum patronus per adrogationem deſinat eſſe eadem perſona quæ fuerat, nec ei debeantur operæ civiliter, quia non manet eadem perſona; nec adrogatori, quia diverſa eſt. Si vero eſt libertus qui capite minutus ſit; neceſſe eſt ut adrogatus ſit a patrono ipſo, qui ſolus eum adrogare poteſt juſta cauſa allegata, *l. cum eum* 3. *Cod. de adopt.* & tunc præter ſuperiorem rationem, confunderetur obligatio, ut conſideranti patebit. Alius autem a patrono libertum adrogare non poteſt, *l. ſi pater familias* 15. *§. item ult. de adopt.* Ac proinde propoſitæ quæſtioni nullus reliquus eſt in eo caſu locus. Dixi alium a patrono libertum adrogare non poſſe, non quia id eſſet jure prohibitum, ſed quia nunquam permiſſum. Debemus hoc A. Gell. *Lib. V. Noct. Attic. cap.* 19. *Libertinos vero* (inquit) *ab ingenuis adoptari*

 quidem

quidem jure posse Masurius Sabinus scripsit. Sed id neque permitti dicit, neque permittendum esse unquam putat, ut homines libertini ordinis per adoptionem in jura ingenuorum invadant. Alioquin si juris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per Prætorem dari in adoptionem potest. Idque ait plerosque juris veteres auctores posse fieri scripsit. Ex hoc Gellii loco colligere possumus, quanta debeat esse difficultas ut alienus libertus adrogari permittatur, cum tanta sit in proprio. Atque hæc in transitu. Operæ autem servorum, ut propositam differentiam explicare pergam, si legentur quærere possumus utrum intereant, si legatarius, aut si servus ipse capite minuatur. Si legatarius, non intereunt: operarum enim legatum purum est, ac propterea statim cedit quoad spem debitum iri, quæ transmitti potest, non autem quoad obligationem. Etenim opera in actu consistit, nec ante in rerum natura est, quàm si dies venit, quo præstanda est, quemadmodum cum stipulamur, quod ex Arescusa natum erit, *l. opera* 1. *de oper. serv.* Si vero servus capite minuatur, per manumissionem possunt dici operæ periisse, quia manumissus servus nullas præstare debet: heres tamen interesse præstabit. Quò respexit Papinianus, cum dixit: *quas si prohibeat heres capi, tenebitur, l. hominis* 2. *de usu & usufr. legatis.* Idem est, & si servus se locaverit, ac dominus ut dominus eas nancisci velit. Merito igitur ait ibidem Papinianus: *hominis operæ legatæ capitis deminutione, vel non utendo, non amittuntur.*

VI. Atque hæc dixisse sufficiat de officialibus operis, deque earum, & operarum servi differentia. Artificiales operæ sunt diurnum officium, *l.* 1. *de oper. libert.* Artificiales dicuntur propterea quod alicujus artis propriæ sunt, veluti pictoriæ, & fabriles, si servus pictor, aut faber sit, *l. operæ* 9. §. 1. *l. hæ operæ* 23. *cum l. seq. de oper. libert.* In his inspicimus certam præstationem pecuniæ, quia ex artificii genere, sine respectu personæ patroni æstimari possunt, *l. fabriles* 6. *de oper. libert.* Hæ non debentur nisi fuerint promissæ per stipulationem, aut per jusjurandum obligatus fuerit libertus, *l. qui libertinus* 37. *de oper. libert.* Per stipulationem scilicet etiam multo post manumissionem tempore contractam, *l. ut jurisjurandi* 7. §. *jurare* 2. *de oper. libert.* Aliqua enim tunc gravamina imponi poterant in compensationem datæ libertatis, *l. quæ liberti* 8. *de donat. l. Titio* 71. §. *Titio* 2. *de cond. & dem. l. Mævia* 13. §. *ult. de ann. leg. l. libertis* 18. §. *ult. de alim. & cib. leg.* modo ne essent, quæ imminerent tanquam pœnæ, & onerarent libertatem, *l.* 1. §. *quæ* 5. *cum seqq. l.* 2. §. *ult. quar. rer. act. non det.* Per jusjurandum, post libertatem scilicet acceptam, *l.* 1. *de bon. libert. l. sæpe* 53. *vers. cum vero de verb. sign. l. nullum* 10. *de obseq. l. ut jurisjurandi* 7. §. 3. *l. & per jusjurandum* 13. *de accept. l.* 6. §. *si quis* 3. *de confessis, & hac nostra l. in princ.* Non autem ante manumissionem, *l. servum* 36. *de manum. test. l. ult. de liber.*

Digitized by Google

liber. cauſ. l. Stichus 24. *de ſtatu liber. l. ut jurisjurandi* 7. *§. jurare* 2. *de oper. libert. l. in perſonam* 22. *de div. reg. jur.* ratione inde petita, quod hæc obligatio civilis eſt, & libertatem requirit.

VII. Denique obligari ſolet libertus per conventionem dandæ libertatis, *l. in liberto* 77. *de ſolut. l. promiſſæ* 3. *Cod. an ſervus pro ſuo fact. l. eleganter* 7. *§. ſervus* 8. *de dolo.* Quapropter imponi operæ debent aliquo ex ſuperioribus modis, ut debeantur. Non impoſitis autem, etiamſi manumiſſus ex ſua voluntate aliquo tempore præſtiterit, compelli ad præſtandas, quas non promiſit, non poteſt, *l. operis* 31. *de oper. libert.*

VIII. Sed & promiſſis operis ſunt qui liberantur. Non debet eas liberta major L. annis, *l. liberta* 35. *de oper. libertorum.* Nec liberta a ſuo patrono ducta uxor, *l. libertæ* 2. *Cod. de obſeq. patr. præſt.* ubi obſequium intellige operas obſequiales, ne obſtent *lex libertæ* 8. *Cod. de oper. libert. lex liberta* 46. *Digeſt. eod. l. non ſolum* 11. *§. quamquam* 7. *de injur.* itemque quæ cum extraneo, patrono conſentiente, nupta eſt, dum matrimonium durat, *l. plane* 14. *de oper. libert.* quæ cauſa eſt ut eo invito alii nubere non poſſit, *l. filio* 48. *de ritu nupt.* quæ ejuſdem eſt Terentii Clementis *l. in eo* 45. *& l. illud* 46. *ejuſd. tit. l. ult. de divort. l. unic. §. ut autem* 1. *unde vir & uxor.* Rationem vide in *l. libertæ* 8. *Cod. de oper. libert.* junctis *l. nuptiæ* 1. *de ritu nupt. l. adverſus* 4. *Cod. de crim. expil. heredit.* & ratione *l. interdum* 34. *de oper. libert.* nec libertinus qui duos pluresve a ſe genitos nataſve (disjunctionem hic pro conjunctione accipio, *l. ſæpe* 53. *de verb. ſign.* juncta *l. qui mortui* 129. *ejuſd. tit.*) in ſua poteſtate habebit, præter eum qui artem ludicram fecerit, quive operas ſuas ut cum beſtiis pugnaret, locaverit; ne quis eorum operas, doni, muneris, aliudve quicquam libertatis cauſa patrono, patronæ, liberiſve eorum, de quibus juraverit, vel promiſerit, obligatuſve erit, dare facere præſtare debeto, & ſi non eodem tempore duo in poteſtate habuerit, vel unum quinquennem liberabitur operarum obligatione, *l. qui libertinus* 37. *de oper. libert.* quam legem cum omnibus articulis operæ erit legere. Neque enim nos qui properamus, omnia explicare poſſumus; ſed protrita minus, aut omnino neceſſaria.

IX. Redeo itaque ad artificiales operas. Hæ cedunt ex die interpoſitæ ſtipulationis, quia non tam ex patroni proprio commodo, quàm pecunia æſtimantur, *l. quoties* 24. *de oper. libert.* Cumque ei non tanquam patrono, ſed ut extraneo præſtentur, cuivis alteri deberi, & ſolvi poſſunt, *l. ſi non* 26. *§. libertus* 12. *de condic. indeb. l. quia* 12. *l. ſi libertus* 27. *de oper. libert.* Nec ſolum præſtari, ſed & promitti ſtipulatione, tam a liberto, quàm ab ingenuo, *l. hominis* 3. *de uſu & uſufr. leg. l. ſi veſtram* 11. *Cod. de ingen. & manum. l. nemo* 5. *de duob. reis, l. inter* 31. *de ſolut.* Ergo ejuſmodi operæ ad extraneos heredes tranſeunt, *l. fabriles* 6. *de oper. libert.*

& admittunt adjectum solutionis gratia, vel extraneum, vel uxorem patroni, *l. quia* 12. *l. hæ operæ* 23. *de oper. libert. l. ult.* §. 1. *de liber. causa.* Tam patrono, quàm his qui sunt in potestate, promitti possunt, *l. operæ* 9. §. *sed officiales* 1. *l. si quando* 8. *l. libertus* 15. §. *ult. l. qui libertinus* 37. §. *nihil* 3. *de oper. libert.* Potest patronus delegare libertum creditori, *l. qui libertus* 37. §. *sed* 4. *de oper. libert.* Potest libertus operarum artificialium expromissorem patrono dare, *dicta l. qui libertinus* 37. §. *ult. l.* 1. §. *exceptione* 8. *quar. rer. actio non detur.*

X. His omnibus ad majorem claritatem propositis, Prius Prætor Rutilius edixit, se daturum patrono operarum actionem, operarum scilicet promissarum, ut patet ex *l. hoc edictum* 2. §. *initio* 1. *juncto princ. de oper. libert. Prius Prætor Rutilius dicit* legitur in Codice Florentino; sed in Vulgata, & Roberti Stephani, *primus.* Utrumque indicat hujus Jurisconsulti vetustatem celebratam, *l. si habitatio* 10. §. *utrum* 3. *de usu & habit.* sed *prius* præfero, ut respondeat illis verbis §. *seq. Posteriores Prætores.* Addidit etiam Rutilius, se daturum societatis actionem, videlicet, si hoc pepigisset (Patronus) ut nisi ei obsequium præstaret libertus, in societatem admitteretur Patronus. *Si hoc*, inquit, *pepigisset*, ut intelligamus liberti bona, non alias Patrono ratione conditionalis societatis communicata fuisse, nisi in pœnam obsequii non præstiti: quæ sola conditio apponi poterat ad ineundam societatem: alioqui Labeo ait, libertatis causa societatem inter libertum & Patronum factam ipso jure nihil valere palam esse, *l. Labeo* 36. *de oper. libert.* Quod discrimen diligenter notandum est. Æquum fuit ut ingratitudo liberti puniretur, non ut ille immerito duræ subjiceretur conditioni. Atque id edixit Rutilius, se amplius non daturum Patrono, quàm operarum & societatis actionem: & prosequitur Ulpianus hoc modo: *Posteriores Prætores certæ partis bonorum possessionem pollicebantur: videlicet enim imago societatis induxit ejusdem partis præstationem, ut quod vivus solebat societatis nomine præstare, id post mortem præstaret.* Ex his Ulpiani verbis duo inferre debemus. Alterum, Rutilii sententiam emendatam esse a posterioribus Prætoribus: alterum, Rutilium illum non esse Maximum, qui post Augustum vixit; sed alium qui Prætor fuerit, non modo ante Legem Papiam, sed & multo etiam ante eam tempore, ut juris arguit progressus. Hoc ut perfectius intelligatur, repetenda est res ab origine, & per crebras juris mutationes perducenda ad Justinianum usque. Solita utar brevitate, sed & perspicuitate etiam, in re nimis obscura, & parum nota.

XI. Lege XII. tabularum, quæ proculdubio fuit incisa in V. tab. Patroni, & Patronæ ad successionem intestatæ, intestative, libertæ, libertive, cui suus heres non extaret, vocati sunt, *tit. Instit. de leg. patr. tut. princ. Inst. de success. libert.* §. *sed nostra* 3. *ejusd. tit.* Ulpianus in *fragm. tit.* 27. *in princ. & tit.* 29. *in princ. &* §. 6. Idem jus habuerunt patroni, patronæve

tronæve liberi, tam masculi, quàm fœminæ, *tit. Inst. de leg. patr. tut. l. satis* 22. *de jure patr. l. & si* 6. *§. cum patroni* 1. *l. patronæ* 18. *l. liberto* 17. *l. filius* 42. *in princ. & §. ult. l. si patronus* 3. *§. si intestatus* 3. *si quid in fraud. patr. l. si repudiaverint* 2. *§. hæc autem* 1. *§. nec* 2. *unde legit.* Ulpianus *tit.* 27. *in princ. tit.* 29. *§. liberi* 4. *§. patronæ* 6. juncta *l. pronunciatio* 195. *de verb. sign.* & eodem Ulpiano apud Collectorem legum Mosaïcarum *tit. ult. §. ult.* Et in successione illa præferebantur proximi liberi, sive liberi essent unius patroni, *l. si libertus* 23. *§. si libertus* 1. *de bon. libert.* sive diversorum, *l. tutela* 3. *§. proinde* 7. *de leg. tut.* sive utrique simul admitterentur, *l. liberto* 17. *de bon. libert.* Et quia successio tam ad patronos, quàm eorum liberos pertinebat, erant hi quoque tutores libertorum exceptis feminis, quæ licet tutelam, ut virile munus administrare non poterant, *l.* 1. *Cod. quando mulier tut. offic. fungi poss.* successionem tamen percipiebant, transeunte tutela ad proximos, *princ. Inst. de legit. patr. tut. l. legitimæ §.* 1. *de leg. tut.*

XII. Cum lex XII. tabular. suorum heredum liberti mentionem fecit, intellexit, non solum liberos legitime susceptos, & proximum gradum in familia liberti occupantes; sed uxorem etiam, quæ in manu erat, & adoptivum filium, Ulpianus *tit.* 29. *de bon. libertor. §.* 1. igitur quilibet horum obstabat Patronis, etiam si libertus, aut liberta, sine testamento decessissent. Si vero testamentum fecissent, aut suum heredem haberent liberti, nullum jus habebant patroni, Ulpianus *dicto tit.* 29. *in princ.* Qua propter ex his quæ hucusque sunt dicta, manifeste colligitur, melioris conditionis fuisse patronum, aut patronam, in legitima successione libertæ, quàm in liberti successione, quia libertus suos heredes poterat relinquere, qui patronum excluderent; liberta vero non poterat, *l. illud* 4. *§. ad testamenta* 2. *de bonor. poss. contr. tab. §. feminæ* 1. *de adopt.* Præterea melior fuit conditio patroni in successione testamentaria libertæ, quàm in successione testamentaria liberti, & melior quoque conditio patroni, quàm patronæ: quia libertæ erant olim in perpetua tutela patroni sui, Ulpianus *tit.* 11. *de tutel. in princ.* Jure autem veteri feminæ sine tutoris auctoritate testari non poterant, Ulpianus *tit.* 20. *de test. §. penult.* Patroni itaque auctoritatem suam vix adhibebant, nisi in utilitatem suam fieret testamentum. Sed hoc jus in liberto cessabat: quia masculorum tutela jure civili vetere ac novo finitur pubertate, Ulpianus *tit.* 11. *de tutelis §. ult.* & Justinianus *in princ. quibus mod. tut. fin.* in liberta quoque alicujus mulieris, hoc jus cessabat; quia tutela virile munus est, & ultra sexum femineæ infirmitatis, *l.* 1. *Cod. quando mulier tut. offic. fungi poss.* Atque hoc erat jus ex XII. tab. descendens, quæ liberto & liberta vivis, nihil conferebant Patronis, & eorum liberis.

XIII. Hæc cum ita se haberent, viderentque illi Prætores XII. tabulis proximi,

proximi, sufficientissima commoda patronos eorumque liberos, a libertis nancisci, utpote obsequium ab iis tota vita obtinebant, & cum morerentur, fortasse etiam successionem, nullum jus proposuerunt, ut ego colligo ex hoc Rutilii fragmento.

XIV. At enim patroni cupiditate perducti *soliti* (ut Servius scribit, Ulpiano teste) *a libertis durissimas res exigere*: quam exactionem sine dubio Prætores aliquando tuiti sunt, *argum. l. hoc edictum* 1. *de bon. libert.* Hanc iniquitatem cum animadvertisset Prætor Rutilius, edixit, *se amplius non daturum patrono, quàm operarum & societatis actionem*; *videlicet si hoc pepigisset, ut nisi ei obsequium præstaret libertus, in societatem admitteretur patronus*, *nostra l. hoc edictum* 1. *§. & quidem* 1. *de bonis libert.* Ergo Rutilius repressum ivit aviditatem patronorum, eisque justum etiam auxilium præbuit, adversus obsequentes libertos.

XV. Posterioribus autem Prætoribus iniquum visum est, ut patroni præter successionem legis XII. tab. jus illud societatis exigerent a libertis suis, *nostra l. hoc edictum* 1. *§. posteriore* 2. *de bon. libert.* itaque certam partem bonorum possessionis polliciti sunt, *d. l.* 1. *§.* 2. quo referri debet *§. qua de causa* 1. *Instit. de success. libert.* cujus sententia hæc est. iniquum erat, ut adoptivi liberi liberti patronos excluderent: deinceps itaque neutiquam excludant. qua in re melior fuit conditio ingenuorum, fortasse, ut ego puto, quia in his multo quàm in libertinis honestius erat studium continuandæ familiæ: & magis erat credibile fraudem innecti a libertis, quàm hominibus ingenuis: quippe illi fraudulentissima gens esse solet. Elegantissime Plautus in *Persa Actus V. sc.* 2. *v.* 57.

Sed ita pars libertinorum est, nisi patrono qui advorsatus est.
Nec satis liber sibi videtur, nec satis frugi, nec satis honestus:
Ni id efficit, ni ei maledixerit, ni grato ingratus repertus est.

XVI. Præterea iniquissimum erat, ut extraneus institutus excluderet patronum, & immerens forte, benemerito præferretur. Ergo sive extraneus, sive filius adoptivus instituti essent, debebat libertus, relinquere patrono dimidiam, alioqui ille ex Prætoris edicto petebat. Si vero intestatus decederet, aut habebat liberos, aut non habebat. si habebat, & erant naturales, excludebant Patronum. si adoptivus, dimidiam habebat Patronus. si nullos liberos, totam successionem *unde legitimi*, ex Lege XII. Tabular. Portio Patrono debita onerari non poterat *l. si patronus in princ. de bon. libert. l. cum patronus* 28. *de leg.* 2. ubi fideicommissum ipso jure valet, & propterea si non a patrono tamen a vindicantibus præstatur, hinc actiones transeunt ex S. C. Trebell. *l. ita* 27. *§. si patronus* 13. *ad Trebell.*

XVII. Ad hæc, Lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. ea lege namque cautum est, ut ex bonis centenarii liberti, qui pauciores quàm tres filios haberet, virilis pars patrono deberetur

Digitized by Google

deberetur tam ex testamento, quàm ab intestato: id est, dimidia pars, si unum tantum filium libertus reliquisset; tertia pars, si duos. Sed si tres, vel plures relinqueret, nulla pars patrono tribuetur ex Lege Papia. Centenarii liberti dicebantur, qui habebant in bonis centum millia sestertiûm, *§. postea 2. Instit. de success. libert.* sive possessionem nactus esset libertus, sive actionem jam haberet, *l. liberto 26. de bon. libert.* infensa scilicet erat libertorum immanibus & præfestine auctis divitiis, qui heri servi, hodie liberi, *l. Prætor 7. §. 2. de injur.* maria ac terras permiscebant. Quod si libertus per alienationem se minorem centenario fecerit, alienatio ipso jure nullius momenti est, quia in fraudem legis facta, *l. si libertus 16. de jur. patr.* Aliud est, si fraus non in legem, sed in personam facta, veluti si quid alienatum sit, quo libertus factus non sit minor centenario, aut postquam esset minor centenario, tunc enim alienatio valida est ipso jure, & Faviano, & Calvisiano judicio revocatur, *l. si libertus 16. de jure patr.* Quod si libertus plures res simul alienaverit, quibus factus sit minor centenario, quia alienatio unica est, nullius momenti est. Si vero plures alienationes, & prima jam cœperit minor esse centenario, prima ipso jure nulla; secunda valida est; sed revocatur, in quo Juris Civilis Prætoriique potestas clare patet. Superior pars adeo Patroni esse debebat, ut nullo fideicommisso onerari posset, *l. patronus 60. ad S.C. Trebell.* Neque illud patronus præstare cogeretur, & si fideicommissariis id promisisset, *l. si patronus 20. de donat. l. si libertus 41. de bon. libert.* ubi illud jus singulare est, ut patronus debita parte percepta, atque retenta, reliquam possit repudiare. Est & illud item singulare, ut patronus restituere coactus hereditatem, partem sibi debitam retinere possit, *l. ita tamen 27. §. si patronus 13. ad S.C. Trebell.* contra regulare jus, *l. nam quod 14. §. qui compulsus 4. ad S.C. Trebell. l. non justam 4. Cod. eod.*

XVIII. Sed quid est obsequium, quod libertus patrono præstare debet? quod nisi præstet in societatem admittitur Patronus: quodque unum est ex iis quod libertatem libertorum imminuere diximus. Obsequium est honor & reverentia patrono a liberto debita, *l. honori 2. l. licet 7. §. ult. de obseq. par. & patr. præst.* Hoc consistit in faciendo, & non faciendo. In faciendo tria spectari debent. Primum ut in omni dicto, & facto libertus erga Patronum se reverenter habeat, *l. liberto 9. de obseq. par. & patr. præst.* si secus se gerat, patrono levis coërcitio permittitur, *l. prætor 7. §. præterea 2. de injur.* & præterea magistratui, si res postulat justam castigationem *l. 1. de jur. patr.* Secundo, quæ cives civibus pro munere publico debent, ea postulanti patrono libertus præstare debet, ut tutelam, curam, *l. ingratus 19. de jur. patron.* Tertio libertus dives Patronum egenum alere debet, *l. si quis 5. §. solent 18. & seq. & l. alimenta 6. de agnosc. & alend. liber.* Posteriora duo negata notam ingratitudinis adferunt. In non faciendo quatuor exiguntur. Primum ne libertus vitæ patroni insidietur; neve

manus violentas ei adferat. Secundum ne famam & existimationem ejus lædat, sive conviciis injuriam ei faciat. Pœna hic in servitutem revocatio, *l. si manumissus* 2. *Cod. de libert. & eor. liber.* Aliquando a magistratu severius in eum animadvertitur, *l.* 1. *de jur. patr.* Tertium ne patronum sine venia in jus vocet, *l. quique* 4. *§. prætor* 1. *de in jus vocando.* Pœna hic quinquaginta aureorum, quæ patrono læso cedit, *l. pen. eod. tit.* Quartum, ne actionem famosam adversus patronum instituat, aut exceptione utatur, quæ doli, fraudis, aut calumniæ mentionem habeat: licet ob id edicto non notetur patronus, *l. boni* 2. *de obseq. par. & patr. præst.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
DRUSUS:
SIVE AD
CAII LIVII DRUSI
FRAGMENTUM
COMMENTARII.

DE CAIO LIVIO DRUSO, JURISCONSULTO.

Valerius Maximus, *Lib. VIII. cap.* 7. postea quam laudavit M. Varronis doctissimi togatorum assiduitatem in litterarum studiis, hæc adjunxit: *Consimilis perseverantiæ Livius Drusus, qui ætatis viribus, & acie oculorum defectus, Jus Civile Populo benignissime interpretatus est: utilissimaque discere id cupientibus monimenta composuit. Nam ut senem illum natura, cæcum fortuna facere potuit: ita neutra interpellare valuit; ne non animo & videret, & vigeret.* Quamobrem Cicero *Tusculanar. Lib. V. cap.* 38. jure de illo ita scripsit. *C. autem Drusi domum compleri a consultoribus solitam accepimus: cum quorum res esset, sua ipsi non videbant, cæcum adhibebant ducem.* Fratrem habuit M. Drusum, C. filium, qui in Tribunatu C. Gracchum, collegam, iterum Tribunum, fregit, virum & oratione gravem, & auctoritate, ut refert Cicero *in Bruto*, *cap.* 28.

CELSUS *Libro octavo Digestorum. in l. si venditor 38. §. si per emptorem 1. de act. emti & venditi.*

Si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, Sextus Ælius, Drusus dixerunt. quorum & mihi justissima videtur esse sententia.

COMMENTARIUS.

I. Mancipii venditor tradebat illud emtori. Emtor noluit accipere. Itaque mora per emtorem in traditione facta. Quæritur, servi cibaria utri eorum esse damno debeant a moræ tempore? In hac quæstione Sex. Ælius, & Drusus (in textu ego conjunctionem addiderim) dixerunt, indemnem esse debere venditorem, eamque indemnitatem ei servandam esse per arbitrium: quam sententiam ut justissimam approbavit Celsus, qui sub Hadriano vixit, ad cujus tempora proculdubio pervenerunt Sex. Ælii, ac C. Livii scripta. Horum Jurisconsultorum sententiam confirmarunt postea Diocletianus, & Maximianus in *l. post perfectam* 16. *Cod. de action. emt. & venditi*, in hanc sententiam: *Post perfectam venditionem fœtus quidem pecorum emtori, venditori vero sumtus, si quos bona fide fecerit, restitui debere notissimum est.* Hactenus illi. Quod si debet venditor restituere sumtus in re sibi vendita ante traditionem factos, dicta *l. post perfectam* 16. *l. Julianus* 13. *§. præterea* 22. *de act. emti & venditi*, quanto magis factos post mortem in re emta accipienda? fecit eos venditor, ut conservaret emtori venditam rem: restituat itaque emtor. sumtus inquam fecit venditor, non quia de illis præstandis nominatim convenerit; sed quia exigebat eos diligentia, quam præstare venditor debet in re vendita. Quamobrem cum propter emtionem fecerit hos sumtus, etiam propter emtionem debet habere actionem ex emto ad recuperandos eos, *argum. l. si servos* 25. *de pign. act.* Atque hoc est quod dicitur, per arbitrium posse indemnitatem servari. Arbitrium est bonæ fidei judicium, quod æquitatem habet præ oculis. Sed dicet aliquis. Hæc ita se habeant in ægri servi curatione, aliisque sumtibus, *l. Julianus* 13. *§. præterea* 22. *de act. emt. & vend.* Cum verò servus hic post moræ tempus venditori servierit, cur huic cibaria non imputantur, cum cibariorum impensæ naturali ratione ad eum pertineant, qui re utitur, *l. in rebus* 18. *§. possunt* 2. *commodat. vel cont. l. item* 30. *§. quas impensas* 1. *de ædilit. edicto*? præsertim cum venditor servi dominus fuerit, *§. venditæ* 41. *Inst. de rer. divis. §. cum autem* 3. *Inst. de emt. & vendit.* Æquissimum id quidem est ante moram ab emtore commissam. hæc vero facit, ut intelligatur traditio fuisse facta, *l. in omnibus* 39. *de div. reg. juris.* Atqui si re vera fuisset facta, nihil impedisset venditor, nulla cibaria præstitisset. nullum itaque damnum sentire debet ex eo tempore, ex quo nisi per emtorem stetisset, factum fuisset, ut venditor omnino liberatus fuisset: alioquin emtori sua frustratio prodesset: quod iniquissimum foret, *l. hominem* 37. *mandati, vel contra.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
ÆLIUS GALLUS:
SIVE AD
ÆLII GALLI, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

ÆLII GALLI VITA.

I. Ælia Gens, sive Ailia, vel Allia, eadem est, ut ex Capitolinis monumentis, aliisque lapidibus inscriptis, & antiquis nummis, satis aperte colligitur. Plebeja fuit, sed adeo vetusta ut crederetur originem ducere ab Lamo Neptuni filio, ita canente Horatio, *Carmin. Lib. III. ode* 17. Certe fuit nobilissima gestis magistratibus maximis; nec minus felix, quàm Mucia, cum plures & celeberrimos habuerit Jurisconsultos. Audiamus Pomponium *in l. necessarium* 2. §. *post hos* 38. *de orig. jur. Deinde Sextus Ælius, & frater ejus Publius Ælius, & Publius Atilius, maximam scientiam in profitendo habuerunt: ut duo Ælii etiam Consules fuerint. Atilius autem primus a Populo sapiens appellatus est. Sextum Ælium etiam Ennius laudavit, & extat illius liber, qui inscribitur Tripertita, qui liber veluti cunabula Juris continet. Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim Tabularum præposita, jungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio. Ejusdem esse tres alii libri referuntur: quos tamen quidam*

negant ejusdem esse. Vides Pomponium uno orationis filo contexuisse trium Jurisconsultorum laudes. Ego nunc de Æliis data opera tractabo, qui in una eademque gente fuerunt.

II. *Deinde*, inquit Pomponius, id est, post Tiberium Coruncanium, qui primus Juris Civilis scientiam profiteri cœpit, ut refert idem Pomponius, *§. juris civilis 35. ejusd. leg. Sextus Ælius, & frater ejus Publius Ælius, & Publius Atilius* (huic Cicero *Lib. II. de legib. cap.* 23. *Lucii* prænomen dedit) *maximam scientiam in profitendo habuerunt*, hoc est, profitendo Jus Civile, maximam scientiam prudentiamque ostenderunt. Cicero in *Bruto, cap.* 20. sic Sex. Ælium laudavit. *Numeroque eodem fuit Sex. Ælius, Juris quidem Civilis omnium peritissimus; sed etiam ad dicendum paratus.* Quo loco M. Tullius docere videtur, Sex. Ælium cognitione Juris superiorem fuisse C. Flaminio, C. Varrone, Q. Maximo, Q. Metello, P. Lentulo, P. Crasso, Scipione Africano, M. Catone, nec minus disertum, quàm eos: addidit autem fuisse etiam ad dicendum paratum: nam, ut ipse docet in *eodem Bruto, cap.* 46. *Ælius scriptitavit Orationes multas, Orator ipse nunquam fuit.* Eundem Sex. Ælium consilii sui copiam facientem celebravit L. Crassus apud Ciceronem, *Lib. III. de Orat. cap.* 33. his verbis. *Equidem sæpe hoc audivi de patre & de socero meo, nostros quoque homines, qui excellere sapientiæ gloriâ vellent, omnia, quæ quidem tum hæc civitas nosset, solutos esse complecti. Meminerant illi Sex. Ælium; M'. vero Manilium nos etiam vidimus transverso ambulantem foro; quod erat insigne, eum qui id faceret, facere civibus omnibus consilii sui copiam: ad quos ita olim & ita ambulantes, & in solio sedentes domi, sic adibatur, non solum ut de Jure Civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio, aut negotio referretur.* Adde *Catonem de Senectute, cap.* 9. Apud eundem Ciceronem *Epistolar. ad familiares Lib. VII. epist.* 22. *ad Trebatium* videmus, in ea controversia, possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere? cum Trebatius inter scyphos dixisset, id neminem sensisse, admonuisse eum Ciceronem, ita Sex. Ælium, M'. Manilium, M. Brutum sensisse.

III. Qui P. Ælii Juris Scientiæ meminerit, præter Pomponium legi neminem. Addit idem Pomponius, duos Ælios Consules fuisse. Sed manifesto scripturæ vitio id refert. Ea enim sic se habet, uti supra scriptum est. *Deinde Sextus Ælius, & frater ejus Publius Ælius, maximam scientiam in profitendo habuerunt* (animadverte ineptiam connexionis) *ut duo Ælii etiam Consules fuerint*, legendum puto. *Et duo Ælii Consules etiam fuerunt.* Vere quidem, nam P. Ælius Q. F. P. N. Pætus Consul fuit cum Gn. Cornelio Lentulo anno DLIII. ab U. C. ut præter Fastos Capitolinos refert Livius, *Lib. XXX. cap.* 49. Ejusdem Consulatus meminit Plinius, *Nat. Hist. Lib. XVIII. cap.* 18. his verbis: *Et frugibus ostentum semel (quod equidem invenerim) ostendit, P. Ælio Gn. Cornelio Coss. quo anno superatus est Hannibal,*

nibal, in arboribus enim tum nata frumenta. Fuerat antea Ædilis Curulis A. U. C. DLIV. Coss. L. Cornelio Lentulo & P. Villio Tappulo, ut refert Livius, *Lib. XLI. cap.* 50. & in Narnienſium cauſſa Triumvir una cum ejus fratre Sex. Ælio & C. Cornelio Lentulo, uti Livius memoriæ mandavit, *Lib. XLII. cap.* 2. A. ſcilicet u. c. DLV. Coss. L. Cornelio Lentulo & P. Villio. Cenſorque, ut docuit ipſe Livius *Lib. XLII. cap.* 7.

IV. Ælii frater Sex. Ælius Pætus Catus, Conſul fuit cum T. Quinctio Flaminio a. ab u. c. DLVI. ut refert Livius, *Lib. XXXII. cap.* 7. item Cenſor a. u. c. DLXI. Coss. L. Cornelio, & Q. Minucio eodem Livio teſte, *Lib. XXXV. cap.* 9.

V. Adjunxit Pomponius, Sex. Ælium etiam Ennium laudaviſſe. Comprobatur hoc Ciceronis teſtimonio, qui *Lib. I. Tuſculanar. cap.* 9. ita ſcripſit. *Aliis cor ipſum animus videtur: ex quo excordes, ſecordes, concordeſque dicuntur: & Naſica ille prudens, bis Conſul corculum, &*

Egregie cordatus homo Catus Æliu' Sextus.

Adde eundem Ciceronem, *Lib. I. de Orat. cap.* 45. Ennius igitur laudavit Sex. Ælium, ut cordatum, id eſt, prudentia maxime pollentem. quam locutionem Hiſpani amamus, & crebro ſolemus uſurpare: nam a *cordato* dicimus *cuerdo.* Lucretius etiam, *Lib. V.* ✠. 1106. de illis, qui mente ac conſilio prævalent, ita dixit

Ingenio qui præſtabant, & corde vigebant.

Pertinet huc quod vulgo dici ſolet, homines corde ſapere, ſplene ridere, felle iraſci, & jecore amare.

VI. Laudavit etiam Ennius Sex. Ælium ut *Catum*, id eſt, ſapientem, ut interpretatur Nonius Marcellus in *Catus*, & ante eum Plinius, *Lib. VII. cap.* 31. ubi de Romanis loquens, ait. *Reliquis animi bonis, præſtitere ceteros mortales ſapientia, ob id Cati, Corculi, apud Romanos cognominati*: ſignificans utriuſque nominis eandem eſſe ſignificationem. Corculorum autem cognomen proculdubio derivatur a *corde*, in quo ſapientia reſidere credebatur. Qua ſignificatione Septimius Serenus dixit.

Jane Pater, Jane tuens, Dive biceps, biformis,
O cate rerum ſator, o principium Deorum.

Et Horatius, *Carm. Lib. I. ode* 10.

Mercuri facunde, nepos Atlantis,
Qui feros cultus hominum recentum
Voce formaſti catus, & decoræ
More paleſtræ.

Hinc M. Varro *Catum* inſcripſit librum *de liberis educandis*, ubi prudentis patris familiàs officia deſcripſit. Alii, inter quos etiam Horatius modo laudatus *Catum* intellexerunt peritum, ut videre eſt, Carm. *Lib. III. ode* 12.

Eques

Digitized by Google

Eques ipso melior Bellerophonte,
Neque pugno, neque segni pede victus,
Simul unctos Tiberinis humeros lavit in undis:
Catus idem per apertum fugientes
Agitato grege cervos jaculari, &
Celer alto latitantem fruticeto excipere aprum.

Eodemque sensu Ausonius *in Mosella* per circumlocutionem describens Jurisconsultos, & Oratores, dixit:

Legumque catos, fandique potentes.

VII. Nonnulli *Catum* interpretati sunt ingeniosum. Servius ad illud Virgilii, *Lib. I. Æneid.* ỽ. 427. *Instant ardentes Tyrii.* ita scripsit. *Alii* ardentes, *ingeniosi, intelligunt: nam per contrarium segnem, id est, sine igni, ingenio carentem dicimus: unde & a Græco venit* catus, id est, ingeniosus, ἀπὸ τῦ καίεσθαι, hoc est, *uro*, ut quis catus dicatur ob fervorem ingenii. Paullo aliter exposuit Varro, nam *Lib. VI. de Lingua Latina*, pag. 100. ita scripsit. *Apud Ennium*

Jam cata signa feræ sonitum dare voce parabant.

Cata *acuta. Hoc enim verbo Sabini dicunt. Quare*

. . . Catus Ælius Sextus

non, ut ajunt, sapiens, *sed* acutus. *Et quod est*

Tunc cœpit memorare simul cata dicta.

Accipienda, acuta *dicta*. Hactenus Varro cujus testimonium emendari debet in illis verbis, *quod est*, pro quibus spondeus reponendus, quo hexameter a Varrone allegatus incipiebat. Quod ego lectoribus meis divinandum relinquo. Eodem sensu Plautus, forte imitans Ennium *in Pœnulo, Actus I. sc.* 1. ait.

Sæpe ego res multas tibi mandavi, Milphio,
Dubias, egenas, inopiosas consilii,
Quas tu sapienter, docte, & cordate, & cate
Mihi reddidisti opiparas opera tua.

Idem in *Epidico actus II. sc.* 2. ỽ. 72.

Si æquom fiet
Me plus sapere quàm vos, dederim vobis consilium catum,
Quod laudetis, ut ego opinor, uterque.

Consilium, inquit, *catum*, id est, acutum.

VIII. Quomodo igitur componemus tam diversas discrepantesque interpretationes? Uno scilicet verbo, si dicamus, *catum* a *cauto* dici: quo sensu Horatius, *Epistol. Lib. II. epist.* 2. ỽ. 39.

Post hæc ille catus, quantumvis rusticus ibit.

Et ante Horatium Terentius in *Andria Actus V. sc.* 2. ỽ. 14.

Nescio qui senex modo venit: ellum, confidens, catus.

Ubi Donatus. *Catus, callidus, doctus, ardens*, παρὰ τὸ καίειν, *unde, Cato dictus;*

ingeniorum

ingeniorum etenim igneus vigor esse videtur. Equidem cauti sunt ingeniosi, periti, callidi, prudentes, sapientes; quibus nominibus celebrari potest Sex. Ælius, cum jurisperitissimus fuerit. Constat enim ex M. Antonio apud Ciceronem, *Lib. I. de Orat. cap.* 48. Jurisconsulti nomen ejus esse proprium, qui legum & consuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad respondendum, & ad agendum, & ad cavendum peritus sit.

IX. Tempore Pomponii extabat Sex. Ælii liber, qui inscriptus erat, *Tripertita*: qui liber, ut idem docet, veluti cunabula Juris continebat, id est, prima juris elementa, a quibus Juris studiosi, hujus scientiæ principia discere solebant, ut testatur Cicero, *Lib. II. de Legibus, cap.* 23. cum ait. *Discebamus enim pueri XII. ut carmen necessarium, quas jam nemo discit. Tripertita autem dicebatur*, interprete eodem Pomponio, *quoniam lege XII. Tabularum præposita, jungebatur interpretatio: deinde subtexebatur legis actio, dicta l. necessarium* 2. §. *post hos* 38. *de orig. jur.* sive, ut idem Pomponius explicatius loquitur, *legis actiones, dicta l.* 2. §. *deinde* 6. Idcirco merito Cicero Sex. Ælium laudavit, ut interpretem antiquum, *Lib. II. de Legib. cap.* 23. quoniam scilicet interpretatus fuit Leges XII. Tabularum, & Acilius etiam una cum Sex. Ælio ibi allegatus. Ad illam Sexti Ælii interpretationem Legum XII. Tabularum referendum est mutilum Sexti Pompeii Festi fragmentum in fine *Lib. XVIII.* in cujus postremo versu hæc solum leguntur: *uit Ælius in XII. sig.* ubi male interpretes duodecimum Ælii librum allegant, cum numerus ille referatur ad XII. Tabulas, quarum significationes difficiles explicavit Sex. Ælius, subjiciens eas ipsis legibus. Eundem Sex. Ælium Justinianus celebravit, ut *Juris antiqui conditorem, l.* 1. *Cod. de com. ser. man.* qua periphrasi Julianus designavit etiam Jurisconsultos, *l. nulla* 23. *Cod. de proc.* Sed Sex. Ælius speciali ratione laudatur ut Juris antiqui conditor: quia non solum fuit legum XII. Tabularum interpres, sed etiam auctor quarundam legis actionum, id est, legitimarum actionum, quæ ab Ælio auctore vocatæ fuerunt *Jus Ælianum.*

X. Ut hoc autem intelligatur, præmittendum est, quod Pomponius memoriæ tradidit *dicta l. necessarium* 2. §. *His legibus* 5. *de orig. jur.* cujus contextum ita lego, & interpungo. *His legibus* (XII. Tabularum) *latis, cœpit* (*ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideret prudentium auctoritatem*) *necessariam esse interpretationem fori.* Horum autem verborum sensum ita explico. Chrysippus apud Gellium, *Noct. Atticar. Lib. XII. cap.* 12. ait, omne verbum ambiguum natura esse, quoniam ex eodem duo vel plura accipi possunt. Quidquid sit de illa opinione, intelligendi varietas frequentissima est, maxime cum de legibus agitur, non solum propter illam facilitatem ad dissentiendum, quam hominibus naturalem esse ait Ulpianus, *l. item* 17. §. *principaliter* 6. *de receptis*: sed multo magis quia nemo in judicium venit, ut caussa cadat; aut saltem vel perditissimus quisque eo

fine venit, ut adversarium frustretur, moreturque. Quare modis omnibus verba interpretari studet, ut ea a se facere ostendat. Ideo factum est, ut latis XII. Tabulis, videretur necessaria esse disputatio fori, per quam eliceretur interpretatio vera: atque hæc ut esset talis, requirebat hominum Jurisperitissimorum auctoritatem.

XI. Prosequitur hoc modo Pomponius *dicto §. 5. Hæc disputatio, & hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, proprio aliquo nomine non appellatur, ut cæteræ Juris partes, suis nominibus designantur* (puta, lex, plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, Magistratuum Edicta, Responsa prudentum) *sed communi nomine appellatur Jus Civile, l. jus civile* 7. *de just. & jure.*

XII. Dixit Pomponius, *hoc Jus sine scripto venire*, non quia postea scriptum non fuerit; scriptis enim mandatum fuisse constat: sed quia cum Jus esse cœpit, id est, cum post Jurisprudentum disputationem eorundem auctoritate receptum est, nondum erat scriptum: prius enim est consuetudinem esse, quàm scribi. Legum igitur illa interpretatio, quæ *Jus Civile* appellatur, nomine generis ad speciem contracto, diversa fuit a Responsis prudentum, quæ illi consulentibus privatim respondebant auctoritate initio probabili, non tamen necessaria; quales erant plerique, qui senili ætate confecti, variis rerum judicatarum experimentis, & longo usu, facilitatem expediendi res forenses sibi comparaverant: quique non suscepto, aut deposito orandarum caussarum onere in foro, domique solebant de jure respondere. Diversa etiam fuit a sententiis & opinionibus eorum Jurisprudentum, qui publica & auctoritate Imperatoria, signatis responsis proprio sigillo propriaque cera respondebant: quod primum Divus Augustus dicitur instituisse, quo major Juris auctoritas haberetur, *dicta l. necessarium* 2. *§. Post hunc* 47. *de orig. jur.* Et de hujusmodi Prudentum responsis loquitur Justinianus, *§. responsa Prudentum* 8. *Instit. de jur. nat.* puta de responsis Massurii Sabini, Antistii Labeonis, & aliorum, de quibus agitur, *dicta l.* 2. *§. ult.* Uno verbo, interpretatio illa legum XII. Tabularum nihil aliud fuit, quàm consuetudo respondendi, quæ optima est legum interpres, uti docuit Callistratus, *l. si de interpretatione* 37. *de legibus.* Quare cum multa in jure nostro moribus tribui legamus, Jurisprudentum consuetudini respondendi, ea tribuere debemus. Exemplum suppetunt *lex* 1. *de donat. inter vir. & uxor. l. si liberis* 27. *de pact. dot.* sive quod idem est, Juri Civili, *l. illud* 5. *§. ac ne illud* 1. *de pact. dot. l. profectitia* 5. *§. si quis certam* 9. *de jure dot.* Aliud exemplum in substitutione pupillari, *l. moribus* 2. *in princ. de vulg. & pup. subst. l. ex facto* 43. *ejusd. tit.*

XIII. Prosequitur Pomponius. *Deinde ex legibus* (XII. Tabularum) *eodem tempore fere* (quo interpretatio legum invaluit) *actiones compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent. Quas actiones ne Populus, prout vellet, institueret, certas sollemnesque esse voluerunt* (*certas*, id est, unicuique negotio

tio

tio suam actionem: *sollemnesque*, id est, easque actiones certa verborum formula conclusas) *& appellatur hæc pars juris*, *legis actiones*, id est, *legitimæ actiones* (eodem Pomponio interprete, sive ut clarius loquar, *praxis legum*, (*la practica de las leyes*) *& actiones secundum leges* (y las peticiones segun derecho). *Et ita eodem pene tempore tria hæc jura nata sunt*: *Leges XII. Tabularum*: *Jus Civile* ex iis natum: & *Legis actiones*, compositæ secundum leges, & interpretationes. Eæ autem actiones ideo inventæ, & compositæ fuerunt, propterea quod iniquum censebatur, aliquem petere indebito modo, vel quia peteret aliud, quàm quod sibi deberetur; vel plus, minusve. Ergo ne quis aut dolo actionem intenderet, quam non haberet; aut per imperitiam plus peteret, & caussa caderet, institutæ fuerunt certæ illæ sollennesque agendi formulæ, quæ revera erant actiones, id est, modi petendi jus suum. *Omnium tamen harum* (ego cum Mureto lego *horum*, hoc est, Prudentum) *& interpretandi scientia* (id est, non solum interpretandi scientia, sive interpretationes doctissimæ) *& actiones* (hoc est, verum etiam actiones (ab eisdem Jurisprudentibus inventæ) *apud Collegium Pontificum erant*: *ex quibus* (Pontificibus) *constituebatur quis quoquo anno præesset privatis* (ut eis scilicet responderet) *& fere Populus annis prope centum hac consuetudine usus est. Prope*, inquit Pomponius, ut denotet hanc annorum supputationem non esse exactam. Certe a promulgatione Legum XII. Tabularum, quæ completè perlatæ fuerunt A. ab u. c. CCCIV. Decemviris iterum creatis ad leges quæ deerant ferendas, ut refert Livius, *Lib. III. cap.* 37. quam promulgationem, exigente usu negotiorum secuta est earum legum interpretatio, & legis actiones actorum caussis accommodatæ, usque ad Juris Civilis evulgationem ab Scriba Gn. Flavio factam, quæ contigit A. ab u. c. CDL. P. Sulpicio Saverrione, P. Sempronio Sopho Coss. eodem Livio referente, *Lib. IX. cap.* 46. & distinctius explicante Plinio, *Lib. XXXIII. cap.* 1. numerantur anni CXLVI. Quo vero anno auctoritatem publicam habere cœperit commemorata Jurisconsultorum interpretatio, & legitimæ actiones, eam subsequentes, prorsus ignoratur. Credibile est, illam paullatim introductam fuisse; has vero vel ab aliquo insigni Jurisconsulto excogitatas, compositasque, vel a diversis cum controversiæ id exigerent, quod verosimilius puto. Redeamus igitur ad Pomponii narrationem, & ejus filum Historicum in tantis tenebris sequamur.

XIV. Postea cum Appius Claudius (non Crassinus Decemvir, sed Cœcus, a Pomponio Centemmanus vocatus) proposuisset non quidem publice, sed privatim, ut constat ex Plinio, *Lib. XXXIII. cap.* 1.) *& ad formam* (novam scilicet) *redegisset has actiones*; *Gn. Flavius Scriba ejus* (Ædili scilicet Curuli apparebat scriptum faciens, teste L. Pisone apud Gellium, *Noct. Atticar. Lib. VI. cap.* 9.) *libertini filius*, *subreptum librum Populo tradidit*: *& adeo gratum fuit id munus Populo*, *ut Tribunus plebis fieret*, *& Senator*, *& Ædilis Curulis.* Ad cujus Historiæ illustrationem consuli potest

 Cicero

Cicero *pro Muræna, cap. 9. Lib. VI. Epist. ad Attic. epist.* 1. *& Lib. I. de Orat. cap.* 41.

XV. *Hic liber* (verba sunt Pomponii) *qui actiones continet* (extabat igitur ætate Pomponii) *appellatur Jus Civile Papirianum. Jus Civile*, quia a Prudentum interpretatione fluxisset. *Flavianum*, non quia Gn. Flavius composuerit actiones, quod non pauci auctores memoriæ tradiderunt, ut refert Cicero ad Atticum, *Lib. VI. epist.* 1. docet enim Pomponius nihil de suo adjecisse, subreptumque librum Populo tradidisse: sed quia ipse protulit, ac publici juris fecit, appellatum fuit *Jus Civile Flavianum*: sicut ille liber in quem Sex. Papirius collegit Leges Regias, appellatur Jus Civile Papirianum: nam nec Gn. Flavius de suo quicquam adjecit *Libro*.

XVI. Caussa illius evulgationis patet non solum ex iis quæ diximus, sed ex dicendis etiam. Cicero, *Lib. VI. epistol. ad Atticum, epist.* 1. ita scripsit de Gn. Flavio Annii, non Anci (ut male legitur) filio loquens. *Ille vero ante Decemviros non fuit: quippe qui Ædilis Curulis fuerit: qui Magistratus multis annis post Decemviros institutus est. Quid ergo profecit, quod protulit Fastos? Occultatam putant quodam tempore istam tabulam, ut dies agendi peterentur a paucis. Nec vero pauci sunt auctores, Gn. Flavium Scribam Fastos protulisse, actionesque composuisse: nec me hoc, vel potius Africanum* (is enim loquitur) *commentum putes.* Erudite, & eleganter Livius, *Lib. IX. cap.* 46. *Eodem anno* (ab u. c. CDL.) *C. Flavius Gn. filius* (emendandum ex Cicerone, Valerio Maximo, Plinio, Pomponio, & Gellio, inter se collatis, Gn. Flavius Annii filius) *Scriba, patre libertino, humili fortuna ortus, cæterum callidus vir, & facundus, Ædilis Curulis fuit. Invenio in quibusdam Annalibus, cum appareret Ædilibus, fierique se pro tribu Ædilem videret, neque accipi nomen, quod scriptum faceret, tabulam posuisse, & jurasse se scriptum non facturum. Quem aliquanto antea desisse scriptum facere, arguit Macer Licinius, Tribunatu antea gesto, Triumviratibusque, nocturno altero, altero Coloniæ deducendæ. Cæterum* (*id quod haud discrepat*) *contumacia adversus contemnentes humilitatem suam nobiles certavit: Civile Jus repositum in penetralibus Pontificum evulgavit; Fastosque circa forum in albo proposuit; ut quando lege agi posset, sciretur.* Propterea Cicero salse irrisit Jurisconsultos cum in Oratione *pro Muræna, cap.* 11. ita dixit. *Etiam si quid apud majores nostros fuit in isto studio admirationis: id enunciatis vestris mysteriis, totum est contemtum & abjectum. Posset agi lege nec ne, pauci quondam sciebant. Fastos enim vulgo non habebant. Erant in magna potentia qui consulebantur: a quibus etiam dies, tanquam a Chaldæis petebantur. Inventus est Scriba quidam Gn. Flavius, qui cornicum oculos confixerit, & singulis diebus ediscendos Fastos Populo proposuerit, & ab ipsis cautis Jurisconsultis eorum sapientiam compilarit.* Consonat Valerius Maximus, *Lib. II. cap.* 5. cujus hæc sunt verba. *Jus Civile per multa sæcula* (nimis rem ut solet extollit, nisi sæcula interpreteris triginta annorum, ut aliqui apud Servium ad illud Virgilii, *Lib. VIII.* ℣. 508.

Sed

Sed mihi tarda gelu sæclisque effœta senectus.)

Jus Civile, inquit, *per multa secula inter sacra ceremoniasque Deorum immortalium abditum, solisque Pontificibus notum, Gn. Flavius libertino patre genitus, & Scriba, cum ingenti nobilitatis indignatione factus Ædilis Curulis, vulgavit, ac Fastos pene toto foro exposuit. Qui cum ad visendum ægrum collegam suum veniret, neque a nobilibus, quorum frequentia cubiculum erat completum, sedendi loco reciperetur; sellam Curulem afferri jussit, & in ea honorum pariter atque contemtus sui vindex, consedit.* Adde Gellium *Noct. Atticar. Lib. VI. cap.* 9. Nobiles autem illos sic improbavit idem Valerius Maximus, *Lib. IX. cap.* 3. *Ne illi quidem probandi, quamvis factum eorum nobilitatis splendore protectum sit: qui, quod Gn. Flavius humillimæ quondam sortis Præturam adeptus erat, offensi, annulos aureos sibimetipsis & phaleras equis detractas abjecerunt, doloris impotentiam tantum, non luctum profecto testati.*

XVII. Qua vero arte Gn. Flavius, librum illum surripuerit, narrat Plinius, *Lib. XXXIII. cap.* 1. hoc modo. *Frequentior autem usus annulorum non ante Gn. Flavium Annii filium deprehenditur. Hic namque publicatis diebus fastis, quos Populus a paucis principum quotidie petebat, tantam* (lego *magnam*, ne sententia sit imperfecta) *gratiam plebis adeptus est, alioquin libertino patre genitus, & ipse Appii Cæci Scriba, cujus hortatu exceperat, eos dies, consultando assidue sagaci ingenio* (Adhibe hîc duo puncta) *promulgaveratque ut Ædilis Curulis crearetur cum Q. Anicio Prænestino, qui paucis ante annis hostis fuisset, præteritis C. Petilio & Domitio, quorum patres Consules fuerant. Additum Flavio, ut simul & Tribunus plebis esset. Quo facto tanta Senatus indignatione exarsit, ut anulos ab eo abjectos antiquissimis reperiatur Annalibus. Fallit plerosque, qui tum & Equestrem Ordinem id fecisse arbitrantur. Est enim adjectum hoc quoque: sed & phalera posita, propter quæ nomen adjectum est. Anulos quoque depositos a nobilitate, in Annales relatum est, non a Senatu universo. Hoc actum P. Sempronio Longo, L. Sulpicio Consulibus.* Sequamur iterum Pomponium. *Augescente civitate, quia deerant quædam genera agendi non post multum temporis spatium* (a vulgatione Juris Civilis Flaviani) *Sextus Ælius alias actiones composuit: & librum Populo dedit, qui appellatur Jus Ælianum, dicta l. necessarium* 2. *§. postea* 7. *de orig. jur. Jus*, inquit, *Ælianum ab auctore Sexto Ælio.*

XVIII. Hodie plane nescitur, quænam essent illæ certæ sollennesque actiones, sive, ut clarius dicam, actionum formulæ, si paucas excipias, quas collegit diligentissimus Barnabas Brissonius. Illud scire inprimis opus est, formulas illas jam fuisse abrogatas Constantini Constitutione, *l.* 1. *Cod. de formul.* quo nomine Constantinus laudatur a Nazario in fine Panegyrici in ejus laudem cum dixit, *Novæ leges regendis moribus, & frangendis vitiis constitutæ. Veterum calumniosæ ambages recisæ, captandæ simplicitatis laqueos perdiderunt.* Ideo omnia judicia dicuntur esse hodie extraordinaria,

non quidem quod in illis cesset omnis ordo, aut quod judiciorum omnis titulus abrogatus sit; sed solum quod absque antiquo illo ordine ac forma, judicia hodie peraguntur, *§. ult. Instit. de interdic.*

XIX. Redeamus ad Sex. Ælii scripta, de quibus Pomponium ita scripsisse supra meminimus, *Ejusdem esse tres alii libri referuntur, quos tamen quidam negant ejusdem esse.* Quinam essent illi libri potuisset Pomponius facile dicere. Cicero, *Lib. I. de Orat. cap.* 56. sub persona Galbæ Sex. Ælii Commentarios allegavit. Hæc de Sex. Ælio.

XX. Coronidis vice addam ad Æliam gentem referendum esse Jurisconsultum Q. Ælium L. F. Tuberonem, de quo ita Pomponius, *l. necessarium* 2. *§.* 46. *Post hos quoque Tubero fuit, qui Officio operam dedit: fuit autem patricius, & transiit a caussis agendis ad Jus Civile; maxime postquam Q. Ligarium accusavit, nec obtinuit apud Cajum Cæsarem.* Is est Q. Ligarius, qui, cum Africæ oram teneret, infirmum Tuberonem applicare non permisit, nec aquam haurire, quo nomine eum accusavit Tubero, & Cicero defendit. *Extat ejus Oratio satis* (lego *sane*) *pulcherrima, quæ inscribitur, pro Quinto Ligario* (habita A. ab u. c. DCCVIII. Coss. C. Julio III. & M. Æmilio Lepido, ante diem V. Cal. intercalares priores ut constat ex ipso Cicerone, *Lib. VI. Famil. epist.* 14. data ad ipsum Ligarium) *Tubero doctissimus quidem habitus est Juris publici, & privati: & complures utriusque operis* (an legendum *Juris?*) *libros reliquit. Sermone etiam antiquo usus affectavit scribere: & ideo parum libri ejus grati habentur.* Q. Ælii Tuberonis Juris Scientiam egregie laudavit M. Cicero in libro, qui inscriptus est, *De Jure Civili in artem redigendo*, ubi teste Gellio, *Noct. Attic. Lib. I. cap.* 22. verba hæc posuit. *Nec vero scientia Juris majoribus suis Q. Ælius Tubero defuit; doctrina etiam superfuit.* Inter alia scripsit *De Officio Judicis*, uti refert Favorinus apud eundem Gellium, *Lib. XIV. cap.* 2.

XXI. In eo vero fallitur Sex. Pomponius in *dicta l. necessarium* 2. *§. post hos* 46. *de orig. jur.* quod asseruit Q. Tuberonem fuisse patricium. Omitto quod solet in hac re plurimum valere ex Æliis fuisse aliquos Tribunos plebis: ideoque legitur apud Plinium, *Lib. XXXIV. cap.* 6. statuam publice ab exteris positam esse Romæ C. Ælio Tribuno Plebis, lege perlata *in Stenium Statilium Lucanum, qui Thurinos infestaverat, & ob id Thurinos statuam corona aurea donavisse.* Sed & ex eadem familia Tuberonum, Q. Ælius Tubero A. ab u. c. DLX. P. Cornelio Scipione & T. Sempronio Longo Coss. fuit Tribunus Plebis, ut refert Livius, *Lib. XXXIV. cap.* 53. Sed & antea jam fuerat Ædilis Plebis P. Ælius Tubero ejus frater, docente eodem Livio, *Lib. XXX. cap.* 39. A. ab u. c. DLII. Coss. M. Servilio Gemino, & Tib. Claudio Nerone. Verum illud maximo argumento esse debet, quod eo tempore quo alter Consulum erat ex patriciis, alter e plebe: quod fieri cœpit A. ab u. c. CCCLXXXVIII. quo Camillus comitiis habitis, Consules creavit ex patriciis M. Æmilium, & L. Sextium de plebe primum,

primum, ut refert Plutarchus in *Camillo prope finem* adjuncta *Epitome Liviana*, *Lib. VI.* Ælii cum patriciis semper, nunquam cum plebeiis consociati sunt. Nam P. Ælius Pætus, qui primus Æliorum Consulatum adeptus fuit, collegam habuit C. Sulpicium Longum, A. ab u. c. CDXVII. Secundus Ælius Pætus, M. Valerium Maximum Potitum, A. CDLXVIII. Tertius P. Ælius Pætus Catus Gn. Cornelium Lentulum A. DLIII. Quartus Sex. Ælius Pætus Catus, T. Quinctium Flaminium, A. DLVI. usque ad A. DLXXXII. quo primum duo e plebe Consules creati fuerunt, C. Popilius Lænas, & P. Ælius Ligus, testantibus Fastis Capitolinis.

XXII. Fuit etiam Æliæ gentis Sex. Ælius Q. F. Catulus, Lamiæ ab Horatio laudati successor, qui A. ab u. c. DCCLVII. Cos. fuit cum C. Sentio C. F. Saturnino, a quibus Lex Ælia Sentia perlata fuit, auctore Augusto.

XXIII. Ab eadem gente Ælia originem duxit Imperator Ælius Hadrianus, Juris Civilis instaurator, & conservator egregius.

XXIV. Huc usque vidimus, quot quantosque Jurisconsultos ediderit Ælia gens. Sed mirum est, Pomponium silentio præteriisse Ælium Gallum, cujus caussa disputationem hanc de Æliis Jurisconsultis instituimus. Scripsit is *De Verborum quæ ad Jus Civile pertinent, significatione*, cujus liber primus allegatur, *l. paries* 157. *de verb. sign.* & a Festo in *v. postliminium*, quibus locis solum nominatur *Ælius Gallus*, & *Gallus Ælius*, absque prænomine. Secundus Liber allegatur a Festo *v. saltum*, *v. reus*, *& v. torrens.* Itemque a Gellio, *Noct. Atticar. Lib. XVI. cap.* 5. & a Macrobio, *Lib. VI. Saturnal. cap.* 8. Cum autem apud Gellium, & Macrobium, *Cæcilius* per errorem legatur, inde suspicatus est Antonius Augustinus, *Lib. I. Emendat. & Opin. cap.* 4. *& de Nominibus Pandectarum, in Notis, pag.* 1. *&* 2. prænomen ejus fuisse *Cajum*, quod auctoritate cujusdam codicis confirmari potest, quem allegat Jacobus Gronovius ad Gellii *Librum XVI. cap.* 5. ubi legebatur *Cælius Gallus.* Servius Grammaticus ad *Lib. I. Georg.* ℣. 264. eundem Ælium Gallum laudavit designans opus *De Verbis ad Jus Civile pertinentibus* absque libri demonstratione. Non dubito quin ad libros Significationum verborum quæ ad jus pertinent referri debent alia fragmenta commemorata apud Festum in his vocabulis, *municeps*, *necessarius*, *nexum*, *perfugam*, *possessio*, *petrarum*, *reciprocatio*, *religiosus*, *remancipatam*, *rogatio*, *sacer*, *senatus decretum*, *sepulcrum*, *sobrinus*, quæ omnia ego adolescentulus interpretatus fui, satis pro illa ætate diligenter; sed quæ cura posteriori nunc perfici deberent, si de edendis illis ageretur; a quo consilio non omnino sum alienus; verum otio indigeo. Varro *Lib. IV. de Lingua Latina*, *pag.* 14. *editionis Augustinianæ* duos Ælios Gallos scriptores distinxit. Ejus verba sunt hæc. *Cælum dictum scribit Ælius Gallus, quod est calatum: aut a contrario nomine quod apertum est. Non male, quod posterior Ælius, multo potius calare a calo, quàm cælum a cælando.* Eundem Ælium,

Ælium, id est, posteriorem, puto laudari ab eodem Varrone, *Lib. IV. de Lingua Latina*, *pag.* 26. unde colligitur verum esse quod Gellius *Lib. XVI. cap.* 8. & Charisius, *Lib. I. pag.* 64. scripserunt, Magistrum Varronis fuisse. Ait enim: *Ælius Gallus Dius Fidius dicebat Diovis filius.* Sed clarius, *Lib. V. pag.* 77. *Extremum novissimum quoque dici cœptum vulgo, quod mea memoria, ut Gallus Ælius, sic senes aliquot nimium novum verbum quod esset, vitabant.* Sed hunc fuisse L. Ælium Stilonem probatur auctoritate Gellii, *Lib. X. cap.* 21. si est vera lectio Jacobi Cujacii *Observat. Lib. III. cap.* 36. Verum meminisse debemus ejus, quod Suetonius admonuit initio libri *de illustribus Grammaticis*, *cap.* 3. *L. Ælium cognomine duplici fuisse: nam & Præconinus, quod pater ejus præconium fecerat, vocabatur; & Stylo quod Orationes nobilissimo cuique scribere solebat: tantus optimatum fautor, ut Q. Metellum Numidicum in exsilium comitatus sit.* Adde Plinium, *Lib. XXXIII. cap.* 1. & Ciceronem in *Bruto*, *cap.* 56. Laudatur etiam Gallus Ælius a Gajo, *l. videamus* 19. *de usuris*, & Gallus simpliciter a Paullo, *l. frugem* 77. *de verb. sign.* Crediderim ego ibi intelligi Sex. Ælium ob excellentiam; nisi malis intelligere Gallum Aquillium; ad quem tamen ego referre nullo modo audebo testimonium, quod Galli nomine legitur apud Diomedem, *Lib. II. pag.* 443. ubi pulchra gradatio legitur sic se habens. *Non ergo magis pecuniarum repetundarum quam majestatis, neque majestatis magis quam Plautiæ legis, neque Plautiæ legis magis quam ambitus, neque ambitus magis quam omnium legum.* Sed neque hoc fragmentum Ælio Gallo tribuam; quia in eo agitur de lege Plautia lata A. ab u. c. DCLXXVI. Lepido & Catulo Coss. ideoque J. C. debet ea posterior esse. Cujus igitur erit Fragmentum illud? Proculdubio Licinii Calvi in Vatinium, teste Aquila Romano *de Figuris sententiarum*, inter antiquos Rhetores, *pag.* 22. itaque apud Diomedem, ubi legitur *Gallus*, reponi debet, *Calvus.* Quemnam vero Æliorum allegarit Plinius in Indice *Lib. XIV. & Lib. XV.* inquirendum est. Utrobique a Plinio memoratur inter Scævolam, & Atejum Capitonem. Mihi videtur Plinius allegasse L. Ælium; nam Indici auctorum Libri XIV. respondet ejusdem Libri *caput* 13. ubi contendo legi debere non *Lælium*, sed *L. Ælium.* Ego quoniam certum est, Ælium Gallum scripsisse *de Verborum quæ ad Jus pertinent significatione*; incertum autem, quod prænomen habuerit, de hoc nihil definio.

CELSUS Libro octavo Digestorum in l. si venditor 38. §. *si per emtorem* 1. *de act. emt. & vend.*

Si per emptorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatis posse servari, Sextus Ælius, Drusus dixerunt. quorum mihi justissima videtur esse sententia.

COMMEN-

COMMENTARIUS.

I. Emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, *l.* 1. *§. item* 2. *de rer. permut.* Statim ac est contracta, nascuntur actiones emti, & venditi, de quibus videri possunt tituli Digestorum, & Codicis. Emtor actionem habet ut sibi res vendita tradatur: venditor ad pretium consequendum. Quid si venditor paratus sit ad rem venditam tradendam, & hanc voluntatem emtori significavit, atque hic eam, veluti mancipium, accipere noluerit, ac propterea per emtorem steterit, quominus ei mancipium traderetur a venditore; quæsitum est in hoc casu, an cibaria, quæ venditor dedit mancipio ad vitam sustentandam, imputare possit emtori, cum scilicet agitur de mancipio tradendo, si vixerit; aut ea possit recuperare, si decesserit sine culpa venditoris: & per arbitrum indemnitatem posse servari, Sextus Ælius, & Drusus dixerunt: quorum sententia visa est Celso justissima. Eandem sententiam secutus est Ulpianus, *l. Julianus* 13. *§.* 22. *de act. emti & venditi*, ubi ita scriptum est. *Præterea, ex vendito agendo, consequetur etiam* (venditor) *sumtus, qui facti sunt in re distracta: ut puta, si quid in ædificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo & Trebatius, esse ex vendito hoc nomine actionem: idem & si in ægri servi curationem impensum est ante traditionem, aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emtorem velle impendi. Hoc amplius Labeo ait, & si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere: si modo sine culpa venditoris mortem obierit.* Adde *l. post perfectam* 16. *Cod. de act. emti & vend.* Atque hoc jus obtinet a tempore moræ. & ut Sextus Ælius & Drusus dixerunt, per arbitrium indemnitas potest servari. Quibus verbis significatur tractari hæc apud arbitrum bonæ fidei, qui secundum æquitatem non strictum jus, hæc atque similia expedit. Similiter etiam, cum moram emtor adhibere cœpit, jam non culpa, sed dolus malus tantum præstandus est a venditore, in rei venditæ custodia, *l. illud* 17. *de peric. & comm. rei vend.* Sic etiam si mora per mulierem fit, quominus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus præstare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum ejus colere cogatur, *l. si mora* 9. *sol. matr.*

II. E contrario, ut emtoris favorem consideremus, ex die emtionis, si pretium numeratum sit, & fructus, & operæ servorum, & fetus pecorum, & ancillarum partus ad emtorem pertinent, uti Paullus docet, *Lib. II. Sentent. tit.* 17. *de emt. & vend.* cui consonant *lex fructus* 13. *lex post perfectam* 16. *Cod. de act. emti*, *lex Julianus* 13. *§. si fructibus* 10. *§. si quid* 18. *Digest. de act. emti & vend.* Ait Paullus, *si pretium numeratum sit.* Quid si soluta pars pretii? pro portione adnumerata memoratæ accessiones emtoris erunt, *argum. l. ult. §. ult. de fundo dotali.*

GAJUS Libro ſexto ad Legem duodecim tabularum in l. videamus 19. de uſuris & fructibus.

Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnetur poſſeſſor. quid enim ſi argentum, aut veſtimentum, aliamve ſimilem rem: quid præterea ſi uſumfructum, aut nudam proprietatem, cum alienus uſusfructus ſit, petierit? neque enim nudæ proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intelligi poteſt; neque uſusfructus rurſus fructus eleganter computabitur. quid igitur, ſi nuda proprietas petita ſit? ex quo perdiderit fructuarius uſumfructum, æſtimabuntur in petitione fructus. Item ſi uſusfructus petitus ſit, Proculus ait, in fructus perceptos condemnari. Præterea Gallus Ælius putat, ſi veſtimenta aut ſcyphus petita ſint, in fructu hæc numeranda eſſe: quod locata ea re, mercedis nomine capi potuerit.

COMMENTARIUS.

I. Textum hunc illuſtrabo paraphraſi quadam. Ait Gajus. *Videamus an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnetur poſſeſſor.* Ecce quæſtionem. fructus eſt rei utilitas ex ipſo corpore obveniens. quod ſi quæ non ex ipſo proveniat corpore; ſed ejus occaſione ex alia cauſa, puta ex nova obligatione; hæc propriæ rei fructus non eſt, *l. uſura* 121. *de verb. ſign.* Et tamen quia in communi uſui præſtat commoditatem fructui non abſimilem, juris interpretatione pro fructu non male habetur. Ergo ſic duplex fit fructus, alius naturalis, alius civilis. In poſteriore eſt uſura pecuniæ, vectura navium, merces ſervi, penſio prædii, *l. ſi navis* 62. *de rei vind.* In priore ſunt frumenta, poma, alia.

II. Prius igitur quærendum eſt, an res fructum admittat, ſive a ſe, ſive occaſione ſui: deinde an ea petita in fructus quoque condemnetur poſſeſſor. Nam ſi res fructum non admittat, ſupervacua eſt quæſtio de poſſeſſore in fructus condemnando.

III. His poſitis, plura quærit Gajus. Primo ſic dubitat. *Quid enim, ſi argentum, aut veſtimentum aliamve ſimilem rem quis petierit: & indeciſo dubio dubitat ſecundo. quid præterea ſi uſumfructum, aut nudam proprietatem, cum alienus uſusfructus ſit, petierit?* Et ſingulis quæſtionibus ex his poſterioribus ſuam dubitandi rationem ſubjungit. Poſteriori hanc. *neque enim nudæ proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intelligi poteſt.* nuda enim dicitur, quia ſine jure utendi, fruendive eſt, *l. fructus* 33. *de rei vind. l. ſi uſusfructus* 8. *de uſu & uſufr. leg.* quod etiam explicari poteſt eleganti exemplo *l. ex diverſo* 35. *de rei vind.* Priori autem quæſtioni hanc ſubjungit dubitandi rationem. *neque uſusfructus rurſus fructus eleganter computabitur*, etenim ſervitutis fructus conſtitui non poteſt, *l. cum eſſent* 33. *§. per plurium* 1. *de ſerv. præd. ruſt.* IV. Ite-

IV. Iterum quærit Gajus, non contentus semel id quæsiisse. *Quid igitur si nuda proprietas petita sit?* An superior dubitandi ratio quicquam valebit? Valebit equidem, si nuda proprietas nuda esse perseveret. verum ex quo perdiderit fructuarius usumfructum, æstimabitur in petitione fructus, *l. fructus 33. de rei vind.* nam ex eo tempore proprietas nuda esse desinet, accedente ei usufructu.

V. *Item* (hæc est decisio alterius quæstionis) *si usus fructus petitus sit, Proculus ait, in fructus perceptos, condemnari possessorem.* ratio est quia hi fuerunt fructus ususfructus. facit lex *uti frui 5. §. in his 3. & §. ult. si usufr. pet.*

VI. Postremo redit Gajus ad quæstionem, quam primo loco proposuerat de argento, vestimento, aliave simili re: & ait. *Præterea Gallus Ælius putat, si vestimenta, aut scyphus petita sint, in fructu hæc numeranda esse, quòd locata ea re* (sive sit vestimentum, sive scyphus, similisve res) *mercedis nomine capi potuerit*, aliqua scilicet utilitas. Equidem olim vestimenta non solum locari, sed commodari etiam solebant in usum theatri; Plauto id testante in *Trinum. Actus IV. sc. 2. ÿ. 15. & seqq.* ubi sic ait Sycophanta.

Ut ille me exornavit, ita sum ornatus. Argentum hoc facit.
Ipse ornamenta a Chorago hæc sumpsit suo periculo.
Nunc ego si potero ornamentis hominum circumducere,
Dabo operam, ut me esse ipsum plane Sycophantam sentiat.

Sed memorabilius est quod Horatius refert *epistol. Lib. I. epist. 6. ver. 40.*

Chlamydes Lucullus, ut ajunt,
Si posset centum scenæ præbere rogatus,
Quî possum tot? ait: tamen & quæram, & quot habebo
Mittam. post paulo scribit, sibi millia quinque
Esse domi Chlamydum: partem vel tolleret omnes.

Plutarchus in *Lucullo pag. 195.* Chlamydum numerum deminuit, sed cum ipsum Horatium auctorem referat, illius testimonio credendum est, maxime cum sit notissimus Luculli luxus, quem ipse Plutarchus reprehendit. Licet autem vestimenta non semper locari possint, *l. sed si quid 15. §. & si 4. & seq. de usufr.* hoc nihil refert, cum præter locationem utilitas percipi possit, *d. l. sed si quid 15. §. & si 4.*

VII. Superiorem doctrinam confirmat Gajus exemplo sequenti. *Iter quoque* & actus, si petitus sit, vix est ut fructus ulli possint æstimari: nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore quo petiisset, agere non prohiberetur. quod admittendum est. facit *l. loci 4. §. in confessoria 2. l. & si 6. §. veniunt 6. si serv. vind.*

PAULUS Libro quadragesimo nono ad Edictum in l. frugem 77. de verb. sign.

Frugem pro reditu appellari, non solum quod frumentis, aut leguminibus: verum & quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Julianus scribit, fruges omnes esse quibus homo vescatur, falsum esse: non enim carnem, aut aves, ferasve, aut poma fruges dici. frumentum autem, id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse. lupinum vero & fabam fruges potius dici: quia non arista, sed siliqua continentur. quae Servius apud Alfenum in frumento contineri putat.

COMMENTARIUS.

I. Hæc lex desumta est ex Pauli *Lib. XLIX.* ad Edictum ubi tractavit *de aquæ pluviæ arcendæ actione*, ut colligitur ex omnibus quæ supersunt ejus libri fragmentis, *l. Labeo* 10. *de serv. præd. rustic. l.* 2. 5. 9. 11. & 14. *de aqua & aquæ pluv. arc.* Eoque etiam pertinet *l. non videntur* 167. *de div. reg. jur.* Hæc actio legitima est, *l. si usufructus* 22. *§. ult. de aqua & aq. pluv. arc.* id est, ex lege XII. Tabul. descendit, *l. Labeo* 23. *de statu lib.* Videamus autem quam bene proposito argumento adaptentur quæ Paulus docet.

II. Equidem sciendum est, hujus actionis formulam sic esse conceptam, *si appareat futurum ut aqua pluvia noceret*, *l. vicinus* 24. *§. sed & si* 2. *de aqua & aquæ pluv. arc.* darique hanc actionem de damno futuro, non de præterito, & de opere in agris jam manu facto, ex quo aqua pluvia vicino nocitura est, nisi coërceatur restituto opere, *l.* 1. *§. hæc autem* 1. *§. sed & fossas* 4. *l. apud Trebatium* 3. *l. si tertius* 6. *§. si quis* 4. *l. Antæus* 14. *§. pen. l. vicinus* 24. *de aqua & aquæ pluv. arc.* De sulcis si quæratur verius est, unumquemque sulcos aquarios in suo facere posse agri colendi causa directa via ut in imam pergant partem, *l.* 1. *§. sed & si quis* 5. *eod. in imam*, inquam, non *in unam*: quomodo legendum recte docuit sapientissimus Cujacius. *Directa via* (inquit ibi Mucius) nam si transversos sulcos fecerit, hos cogitur operire, si vicini fundo nocituri sunt, per arbitrum aquæ pluviæ arcendæ, *l. vicinus* 24. *§. sed si quis* 1. *eod.* Hi sunt qui *elices* proprio vocabulo appellantur, *l.* 1. *§. sulcos* 9. *eod.* de quibus Festus: *Elices sulci aquarii, per quos aqua collecta educitur e liris*: & Columella *Lib. II. cap.* 8. *sed quamvis tempestive sementis confecta erit, cavebitur tamen, ut patentes liras, crebrosque sulcos aquarios, quos non nulli Elices vocant, faciamus.* Labeo etiam scribit ea quæcumque frugum, fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam: neque referre quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat, *d. l.* 1. *§. Labeo* 7. Hac igitur occasione egit Pau-

Paulus de significatione *Frugis*, quam ut exponat, rejicit duas frugis acceptiones: alteram verbis abscissis, quibus ait, ex aliquorum sententia, quam tacite reprobat, frugem pro reditu appellari, non solum quod frumentis, aut leguminibus, verum etiam ex vino (Theodorus Marcilius in legis XII. Tabularum Collectis & interpretamentis recte legit *vinea*) sylvis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Quæ interpretatio frugis falsa est, quoad posteriorem sententiæ partem: confundit enim frugem cum reditu, cujus significatio latius patet.

III. Et, ut enumerando, falsitatem aperiamus, vinum in fructu est, ac proinde in reditu, *l. item* 9. *de usufr. juncta l. qui fructus* 25. *de usu & usufr. leg.* nemo tamen vinum frugem appellabit. imo aperte Cicero a fruge distinxit, cum *in Verrem Lib. III. cap.* 7. dixit. *L. Octavio & C. Cotta Consulibus Senatus permisit, ut vini & olei decumas, & frugum minutarum, quas ante te Quæstores in Sicilia vendere consuessent, Romæ venderent: legemque his rebus, quæ ipsis videretur, edicerent.* Sicut Frugem a Fructu distinxit etiam, *Lib. II. de Officiis, cap.* 3. *Neque enim*, inquit, *valetudinis curatio, neque navigatio, neque agricultura, frugum fructuumque reliquorum perceptio & conservatio sine hominum opera ulla esse potuisset.* Quod ex silvis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, in fructu est, *l. item* 9. *§. sed si* 2. *l. ex silva cædua* 10. *de usufr. l. fructus* 7. *l. fundum* 12. *cum duab. seqq. sol. matr.* inter fruges tamen a nullo auctore probato numerantur.

IV. Alteram sententiam, scilicet Fruges omnes esse quibus homo vescatur, reprehendit Paulus auctoritate Juliani, hac allata ratione: *Non enim carnem, aut aves, ferasve, aut poma, fruges dici* scribit Julianus, qui in quæstione de verbi significatione provocat ad consuetudinem Populi,

Quem penes arbitrium est, & vis, & norma loquendi.

Recte Julianus: nam ea quæ aucupio & venationi subjecta sunt, in fructu sunt, *l. item* 9. *§. aucupiorum* 5. *de usufr. l. fructus* 45. *de usur.* Verum ea nemo fruges appellat.

V. Quid ergo intelligemus appellatione Frugis? Illud ipsum quod tanquam indubitatum apud omnes Paulus supponit in priore sententiæ parte, Fruges scilicet esse frumenta, aut legumina. Esto ipse Paulus interpres sui: *Frugibus legatis*, inquit, *Sent. Lib. III. tit.* 6. *de legatis*, §. 78. *tam legumina, quàm ordeum, & triticum continentur.* Recte igitur Plinius, *Lib. XVIII. cap.* 7. *Natura nunc indicabitur frugum. Sunt autem duo prima earum genera: frumenta, ut triticum, hordeum: & legumina, ut faba, cicer.*

VI. Sed quid est frumentum? Paulus ex Juliano ait: *frumentum autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse: lupinum vero, & fabam, fruges potius dici: quia non arista, sed siliqua continentur: quæ Servius apud Alfenum instrumento contineri putat.*

VII. Quæ cum ita sint, fruges proculdubio significatione sua complectuntur frumentum, licet plerumque accipi soleant de leguminibus, frumentum

 plerum-

Digitized by Google

plerumque significat fructum, qui arista se teneat, licet ex Servii Sulpicii sententia etiam significare possit legumina: quod verum putaverim, si enim esse mentem testatoris apparuerit. Fortasse Servius in mente habebat nominis notationem, quam frumento dedit Varro *Lib. IV. de Lingua Latina*, existimans a *fruendo* dictum *frumentum*, quasi *fruimentum*. qua origine attenta latissime patet ejus significatio. Sed indidem derivavit Donatus frugis nomen ad Terentii Eunuchum *actus IV. sc. 7. ver. 46.*

VIII. Nunc investigandum superest, qua occasione Ælius Gallus de significatione frumenti tractarit. Crediderim ego illum in libris de verborum quæ ad jus pertinent significatione, multa vocabula declarasse ex Legibus XII. Tabul. inter quas erat lex, cujus meminit Gajus *l. qui ædes 9. de incendio* per hæc verba. *Qui ædes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vicinus, verberatus, igni necari jubetur: si modo sciens prudens id commiserit. si vero casu, id est, negligentia, aut noxiam sarcire jubetur, aut si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem ædium omnes species ædificii continentur.* Huc usque Gajus, qui si ratione illorum verborum legis, *ædes, acervumve frumenti*, existimavit agi oportere de significatione ædium; quis dubitat, quin Jurisconsulti veteres, ac præcipue Gallus Ælius, explicarint interpretationem frumenti? Nec dubito quin frugis vera interpretatio etiam ex Gallo sit: nam de frugibus etiam agebatur in legibus XII. Tabul. ut videre est apud Plinium, *Lib. XVIII. cap. 3. Lib. XXVIII. cap. 2.* Servium in *Virg. Ecl. VIII. ver. 99.* Senecam *Natur. Quæst. Lib. IV. cap. 7.* Apulejum in *prima Apologia*, B. Augustinum, *Lib. VIII. de Civ. Dei cap. 19.* Utriusque legis XII. Tabularum restitutionem vide, si placet, apud eruditissimum Fulvium Ursinum, *pag. 18.* Notarum ad Leges & Senatusconsulta quæ in veteribus cum lapidum ærisque, tum scriptorum monumentis reperiuntur.

ÆLIUS GALLUS Libro primo De Verborum, quæ ad Jus pertinent, significatione, in l. paries 157. de verb. signif.

Paries est, sive murus, sive maceria est.

COMMENTARIUS.

I. Tam murum, quàm maceriam, parietem esse Ælius Gallus ait. Murus, qui & Mœrus dicitur, a munio derivatur, sicut *mœrus* a *mœnio*. Unde Varro *Libro IV. de Lingua Latina* sic ait. *Quod exaggerabant, aggeres dicti, & quod aggerem contineret, murus, quod muniendi causa manet parabatur, quo sepiebant oppidum; e quo munere* (legendum puto *munimine*) *murus.* Et *Lib. I. de Re Rustica, cap. 14. Aggeres qui faciunt sine fossa, eos quidam vocant muros, ut in agro Reatino.* Et ex aggeribus murum constare indicat illud Virgilii, *Lib. X. vers. 23.*

Quin

Quin intra portas, atque ipsis prœlia miscent
Aggeribus mœrorum.

II. Maceria est congestio, sive substructio lapidum. Et ideo Siculus Flaccus ita scribit. *Sed in planis locis, si saxuosus sit ager, repurgatur, & ex congestione maceriæ fiunt.* Maceriarum genera explicat M. Varro *Lib. I. de Re Rustica cap.* 14. agens de septis, sive sepimentis, quæ tutandi causa fundi, aut partis fiunt: *quartum*, inquit, *fabrile sepimentum est notissimum* (sunt qui legant *novissimum*) *maceria. Hujus fere species quatuor: quod fiunt e lapide, ut in agro Tusculano: quod e lateribus coctilibus, ut in agro Gallico: quod e lateribus crudis, ut in agro Sabino: quod e terra & lapillis compositis in formis, ut in Hispania, & agro Tarentino.* inde parietes formacei apud Plinium *Lib. XXXV. cap.* 14. quos idcirco *hormazos* vocamus. Has macerias scribit Siculus Flaccus ad tutelam terrarum extrui, ad sistendos servandosque agros, ad fines præstandos. Præterea hujusmodi maceriis, monumenta sepiebantur, *l. ade sacra* 73. *§. intra* 1. *de contr. emt.* Suetonius *in Nerone, cap.* 33. *Bustum ejus* (Britannici) *consepiri nisi humili levique maceria neglexit.* Quamobrem maceria proprie paries dicitur: ea sic optime appellatur in antiqua operum lege Puteolana apud Fulvium Ursinum, in qua ita scriptum est. *Maceria extrema, paries qui est, eum parietem cum margine altum facito pedes decem.* Paries quid sit, notum omnibus est. Structura scilicet unum locum ab alio dividens.

III. Quæ cum ita sint, ex muri & maceriæ definitionibus apparet, tam murum, quàm maceriam esse parietem. quicquid igitur de pariete jus est, erit etiam de muro, & maceria. Exempli gratia. Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum, & reficiendi jus non est; quia non solus dominus est, *l. parietem* 8. *de serv. præd. urb.* juncta *l. Sabinus* 28. *com. div.* Idem igitur de muro & maceria dicendum est. Si meo & vicini nomine parietem ædificem, vel repetiturus ab eo pro parte impensam, vel donationis gratia, communis fiet paries, *l. si meo* 22. *com. div.* idem eveniet, si meo & vicini nomine murum & maceriam duxero. Si paries communis sit, & eum reficere, vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto *uti possidetis* experimur, *l. si ædes* 12. *comm. div.* idem etiam continget, si murus aut maceria communes sint. Pulcherrimum etiam exemplum vide apud Papinianum, *l. precario* 17. *comm. præd.* & plurima alia omitto, nam in infinitum esset singula persequi.

§. 1. *Item via est, sive semita, sive iter est.*

COMMENTARIUS.

I. Præterea docet Ælius Gallus, tam semitam, quàm iter, viam esse. qua in re Jurisconsultus secutus est communem usum loquendi, non autem subtilem

lem illam differentiam, quam inter semitam, iter, & viam origo nominum exigit. Semita enim, Varrone teste, *Lib. IV. de Lingua Latina*, semiiter est: non igitur iter. Iter est jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum, Ulpianus, *l. servitutes* 1. *vers. iter de serv. præd. rust.* Justinianus *princ. Inst. de servitutibus*: non etiam, inquam, jumentum agendi, ut distinguatur iter ab actu: nam Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet; sed qui actum habet, & iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi & agendi & ambulandi hominis: nam & iter & actum via in se continet, *princ. Inst. de serv. rust. & urb. præd. continet*, inquam, vocabulo latius accepto; non origine, uti dixi: qua inspecta *iter* ab *itu*, qua ab homine itur: *actus* ab *agendo*, qua jumentum agitur; *via* a *vehendo*, qua ire potest vehiculum, quemadmodum docet Varro *de Lingua Latina lib.* 4. & Sanctus Isidorus, *Etymol Lib. XV. cap.* 16. Unde colligitur, semitam, quæ semiiter est, angustiorem esse itinere, iter angustius esse actu, actum via. Nam angustiore spatio it homo, quàm armentum; ac armentum angustius spatium requirit, quàm vehiculum. Ideoque viæ latitudo ex lege XII. Tabular. in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim, *l. viæ* 8. *l. certo* 13. *§. latitudo* 2. *& seq. de serv. præd. rustic. l. nam satis* 6. *vers. certe quemadm. servit. amit.* Actus est iter quatuor pedes latum, ut scribit Festus in voce *Actus*: quanquam Javolenus ex Cassio indicare videtur actus latitudinem non esse legitimam, adeoque arbitri officium invocandum esse, *l. certo* 13. *§. latitudo* 2. *& seq. de serv. præd. rust.* Iter duorum pedum latitudine definitur, ut aliqui putant: semita igitur minorem habebit latitudinem; solam scilicet eam, quæ sufficiat ut quis ire possit, ita ut occurrentium concursum non admittat. Hanc igitur summam differentiam, quæ est inter semitam & viam, respexere quam plurimi, veluti Ennius apud Ciceronem, *Lib. I. de Divin. cap. ult.*

Qui sibi semitam non sapiunt, alteri monstrant viam.

Phædrus *Fabul. Lib. III. in Prologo.*

Æsopi illius semita feci viam,
Et cogitavi plura, quàm reliquerat.

Martialis *Lib. VII. epigr.* 60.

Jussisti tenues, Germanice, crescere vicos.
Et modo quæ fuerat semita, facta via est.

At si nomen generis ad species contrahatur; non solum semita & iter via est, uti docet Ælius Gallus in nostra lege; sed etiam actus; nam hæc omnia complectitur viæ nomen, *l. si tam angusti* 13. *de servit. l. certo* 13. *§. latitudo* 2. *& seq. l. via* 23. *de servit. præd. rust. l. nam satis* 6. *§. certe quemadm. servit. amit.*

GREGO-

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI,

AQUILLIUS GALLUS:

SIVE AD

CAII AQUILLII GALLI FRAGMENTA COMMENTARII.

C. AQUILLII GALLI VITA,

Priori cura ſcripta.

I. AQUILII ita dicti ab aquilo colore, id eſt, nigro, ut docuit Feſtus in *v. aquilius.* Hanc vero nominis originem improbare videtur inſcriptio apud Gruterum, *pag. DCLII nu.* 6. & certius antiqui numi, ubi *Aquillius* ſcribitur duplicato *l.* In Aquilliorum gente alii patricii fuere, alii plebei. Noſter C. Aquillius Gallus plebejus fuit, etſi nobilis; adeoque falluntur, qui patrem habuiſſe dicunt Manium Aquillium, M'. F. M'. N. qui Conſul fuit cum C. Mario A. u. c. DCLIII. cum M'. ille Aquillius Patricius fuerit.

II. Magiſtrum habuit illo tempore præſtantiſſimum, Q. Mucium, P. F. Pontificem Maximum, qui teſte Pomponio, *l. neceſſarium* 2. *§. poſt hos* 41.

de orig. jur. Jus Civile primus constituit, generatim in libros decem & octo redigendo. Hoc autem ita scripsit Pomponius, §. *sequenti. Mucii auditores fuerunt complures: sed præcipue auctoritatis, Aquillius Gallus, Balbus Lucillius, Sextus Papirius, Gajus Juventius: ex quibus Gallum maximæ auctoritatis apud Populum fuisse, Servius dicit*: ergo eos, qui auctoritate præstabant, ipse auctoritate anteibat non modo apud Populum, sed inter ipsos etiam Jurisconsultos: ideoque a Valerio Maximo celebratur C. Aquillius, vir magnæ auctoritatis, & scientia Juris Civilis excellens, *Lib. VIII. cap.* 2. *ex.* 2.

III. Idcirco auctoritate Galli Aquillii effectum est, ut heres ex re certa institutus, si coheredem non haberet, simpliciter institutus censeretur, *l. si ita* 74. *de her. inst.* Multa etiam alia, quæ ille excogitavit, & in foro recepta fuerunt, ejus ingenio & auctoritati tribuenda sunt. Excogitavit vir enim ille quod aliis Jurisconsultis nondum in mentem venerat, cujusmodi fuit stipulatio illa, cui ipse nomen dedit, cujusque ope per acceptilationem, quæ antea ad solas verborum obligationes pertinebat, reliquæ etiam obligationes omnes ipso jure solvi possunt, si per novationem prius in stipulationem transeant: quæ cum verborum obligatio sit, alia verborum dissolutione, qualis est acceptilatio, solvi potest, *l. an inutilis* 8. §. *acceptum* 3. *de acceptil. juncta l. nil tam naturale* 35. *de div. reg. juris.* Formulam autem Aquillianam habemus, *l. & uno* 18. §. *ejus rei* 1. *de acceptil.* §. *est autem* 2. *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Excogitavit etiam Formulam instituendi nepotes postumos suos nascituros, *l. Gallus* 29. *de lib. & post.* Ejus exemplo obtinuit etiam alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri, *l. a patris postumo* 127. *de legat.* I.

IV. Apparuit etiam illius ingenium in definiendo: Verum enim explicare non nisi maximorum ingeniorum proprium est. Ideo Julianus ait, recte definisse Gallum, Frumentum id esse, quod arista se teneat, *l. frugem* 77. *de verb. sign.* & Cicero omnis elegantiæ magister, & censor gravissimus, ait in *Topicis*, *cap.* 7. *Sæpe etiam definiunt & Oratores & Poëtæ per translationem verbi, ex similitudine, cum quadam suavitate. Sed ego a vestris exemplis* (loquitur cum Trebatio Jureconsulto) *nisi necessario non recedam. Solebat igitur Aquillius, collega & familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quæ omnia publica esse vultis, quærentibus iis ad quos id pertinebat, quid esset Litus, ita definire: Qua fluctus eluderet, hoc est, quasi qui adolescentiam, florem ætatis, senectutem, occasum vitæ, velit definire. Translatione utens discedebat a verbis propriis rerum, ac suis.* Ubi docet Cicero quam cæteroquin esset Gallus proprietatis amans, ut solent esse Jurisconsulti. Eandem Litoris definitionem laudavit Quintilianus, *Instit. Orator. Lib. V. cap. ult.* sic scribens. *Sæpe plurimum lucis affert ipsa translatio, cum etiam ipsi Jurisconsulti, quorum summus circa verborum proprietatem labor est, Litus esse audeant dicere, qua fluctus alludit.* Parum interest, *eludit* legamus cum

cum Cicerone, an *alludit* cum Quintiliano. Priorem lectionem secutus est Boëtius in *Topica Ciceronis*, & S. Isidorus *Etymol. Lib. II. cap.* 29. *Septima*, inquit, *species definitionis est, quam Græci κατα μεταφοραν, Latini per translationem dicunt, ut Cicero in Topicis: Littus est, qua fluctus eludit.* Ubi Antonius Augustinus notat sic legi in libris Gothicis. Eandemque lectionem confirmat Justinianus, cum §. *est autem littus Inst. de rer. div.* simili translatione ait, *excurrit*, & non, *adcurrit*. Recte tamen legi, *alludit*, prout Quinctilianus legisse videtur, minime negandum. nam Ovidius *IV. Metam.* ℣. 343. ait:

Huc it, & hinc illuc, & in alludentibus undis
Summa pedum, taloque tenus vestigia tingit.

Statius *Thebaidos Lib. IX.* ℣. 336.

. . . *Extremis alludunt æquora plantis.*

Et Seneca in *Oedipo*, *actu II.*

Per te, pater Neptune, qui fluctu brevi
Utrimque nostro geminus alludis solo.

V. Cum Aquillius igitur esset tam ingeniosus, & doctus, ac præterea integer, mirum non est fuisse unum ex selectis judicibus. Memorabile ejus judicium refert Valerius Maximus, *Lib. VIII. cap.* 2. per hæc verba: *C. Visellius Varro gravi morbo correptus, trecenta millia nummorum ab Otacilia Laterensi cum qua commercium libidinis habuerat, expensa sibi passus est. Eo consilio, ut si decessisset, ab hæredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde Visellius ex illa tempestate adversus vota Otaciliæ. Quæ offensa quod spem prædæ suæ morte non maturasset; ex amica obsequenti, subito districtam feneratricem agere cœpit nummos petendo; quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. De qua re C. Aquillius, vir magnæ auctoritatis, & scientia Juris Civilis excellens judex adductus, adhibitis in consilium principibus civitatis, prudentia, & religione sua mulierem reppulit, quod si eadem formula & Varro damnari, & adversaria absolvi potuisset; ejus quoque non dubito quin turpem & inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit. Nunc privatæ actionis calumniam ipse compescuit, adulterii crimen publicæ quæstioni vindicandum reliquit.*

VI. Idem Aquillius multis in caussis sedit Judex Cicerone teste: veluti in caussa P. Quinctii, quem Cicero deffendit annos natus viginti sex M. Tullio Decula & Gn. Dolabella Coss. a. u. c. DCLXXIII. ut refert Gellius, *Noct. Atticar. Lib. XV. cap.* 28. cui adde Eusebium Cæsariensem *in Chronico.* In ea Oratione Cicero laudavit C. Aquillii gravitatem, & virtutem, *cap.* 1. fidem, constantiam, veritatem, & misericordiam, *cap.* 2. bonitatem, atque prudentiam, *cap.* 17. & 30. Fuit P. Quinctius Scapula peramicus Aquillii Galli apud quem cum cœnaret, obiit, ut refert Plinius, *Hist. Nat. Lib. VII. cap.* 53. Constat etiam ex Cicerone, in Oratione *pro Cluentio,*

cap. 53. apud C. Aquillium de ambitu cauſſam dictam fuiſſe, cum Cicero Cluentium defenderet, Anno ab u. c. DCLXXVI. Æmilio & Lutatio Coſſ.

VII. Sed tunc Cicero maxime C. Aquillium laudavit, cum *pro Cæcina* dixit, *cap.* 7. *Hoc loco* (inquit) *percommode accidit, quod non adeſt is, qui paullo ante affuit, & adeſſe nobis frequenter in hac cauſſa ſolet, vir ornatiſſimus C. Aquillius. Nam ipſo præſente, de virtute ejus & prudentia timidius dicerem, quod & ipſe pudore quodam afficeretur ex ſua laude, & me ſimilis ratio pudoris a præſentis laude tardaret; cujus auctoritati dictum eſt ab illa cauſſa concedi nimium non oportere. Vereor de tali viro ne plus* (lego, *minus*) *dicam, quam vos aut ſentiatis, aut apud vos commemorari velitis: quapropter hoc dicam, nunquam ejus auctoritatem nimium valere, cujus prudentiam Populus Romanus in cavendo, non in decipiendo perſpexit: qui Juris Civilis rationem nunquam ab æquitate ſejunxerit: qui tot annos ingenium, laborem, fidem ſuam Populo Romano promtam, expoſitamque præbuerit: qui ita juſtus & bonus vir eſt, ut natura non diſciplina Conſultus eſſe videatur: ita peritus ac prudens, ut ex Jure Civili non ſcientia ſolum quædam, verum etiam bonitas nata eſſe videatur: cujus tantum eſt ingenium, ita prompta fides, ut, quidquid inde haurias purum, liquidumque haurire ſentias.* Egregias laudes! quas ſi quis recte perpendat, animadvertet, C. Aquillium præclarum Juriſconſultum, & Judicem fuiſſe, *qui legum* (ut Cicero ait *I. de Oratore, cap.* 48.) *& conſuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad reſpondendum, & ad agendum, & ad cavendum, peritus eſſet*; qui ſi verum eſt, quod Plautus ait in *Epidico Actus II. ſc.* 3. ✝. 107.

Hic poterit cavere recte, jura qui & leges tenet; neceſſe eſt, ut jura & leges, optime calleret, qui tam prudenter cavit aliena ſubterfugia & fraudes evitando: qui diſputando, & judicando juris rigorem ad æquitatem inflectebat; æquitatem, inquam, non illam cerebrinam, ſed, quam vel ipſa ratio naturalis, vel jus gentium docet; quare optime ei quadravit quod Horatius *Epiſtolar. Lib. I. epiſt.* 16. ✝. 40. quaſi facem manu habens, & cum Diogene quærens, ait.

Vir bonus eſt quis?
Qui conſulta patrum, qui leges juraque ſervat:
Quo multæ magnæque ſecantur judice lites.

VIII. Sed nunquam magis oſtendit nativam animi ſui bonitatem, & fraudum evitandarum ſtudium, quàm cum Prætor invenit Formulam atque actionem de dolo malo, quæ conſervatur, in *l.* 1. *§. verba* 1. *de dolo malo*; de qua loquens Cicero, *Lib. III. de Nat. Deor. cap.* 30. ait: *Inde everriculum malitiarum omnium, judicium de dolo malo, quod C. Aquillius tum teneri putat, cum aliud ſit ſimulatum, aliud actum.* Sed Ciceronem iterum audiamus laudantem C. Aquillium ob tam præclarum ac ſalutare inventum, *Lib. III. de Offic. cap.* 14. ſic ait: *Stomachari Canius. Sed quid faceret nondum enim Aquillius, collega & familiaris meus, pertulerat de dolo malo formulas.*

In

Digitized by Google

In quibus ipsis cum ex eo quaereretur Quid esset dolus malus, respondebat, Quum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculenter, ut ab homine perito definiendi. Et paullo post. *Quod si Aquilliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius, nec ut vendat, quicquam simulabit, aut dissimulabit vir bonus.*

IX. Sunt qui Aquillium nostrum etiam faciunt auctorem Aquilliæ Legis, seu potius Plebiscitì, quod tulit Aquillius Tribunus, *§. ac ne plurimi* 15. *Instit. de l. Aquil. Novel. XVIII. cap.* 8. Verum hujus Plebisciti auctor antiquior fuit, cum ejus meminerint Brutus, & Q. Mucius, *l. si servus* 27. *§. si mulier* 22. *l. Quinctus Mucius* 39. *ad l. Aquil.*

X. Quanquam autem C. Aquillius Juris scientia excelleret, & ob ingenii bonitatem, prudentiamque, auctoritate polleret; modestissimus erat, ut colligitur ex iis, quæ refert Cicero *in Topic. cap.* 12. ubi agens de adjunctis ait: *Admonet autem hic locus, ut quaeratur quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit. Nihil hoc ad Jus; ad Ciceronem, inquiebat Gallus noster, si quis ad eum quid tale retulerat, ut de facto quaereretur. Tu tamen* (loquitur cum Trebatio JCto.) *patiere nullum a me artis institutae* (Topicæ scilicet) *locum praeteriri, ne si nihil, nisi quod ad te pertineat, scribendum putaris, nimium te amare videare. Est igitur magna ex parte locus hic Oratorius, non modo non jurisconsultorum, sed ne philosophorum quidem.* Hactenus Cicero, qui hoc docere vult, jus nasci ex facto, *l. si ex plagis* 52. *§. in clivo* 2. *ad l. Aquil.* Quæstio autem facti non pertinet ad Jurisconsultum, qualis erat Gallus; imo nec ad Præsidem, *l. eum* 79. *§. judicibus* 1. *de judiciis*: neque ad ipsum Imperatorem, Juris constitutorem, *l. testium* 3. *§. ideoque* 1. *& seqq. de testib. l. non statim* 6. *de lege Fabia*: sed ejus probatio pertinet ad Oratorum, sive Patronorum examen, arbitrium, judicium, ad judicantem, *l. mora* 32. *de usur. l.* 1. *§. quorum* 4. *ad S. C. Turpil. l. non statim* 6. *de lege Fabia.* Jubebat igitur Gallus clientes suos se de facto consulentes ad Ciceronem ire, Oratorum principem; atque ipse solum de jure respondere volebat, cum de facto scilicet constaret, ut ei jus aptaret. Qua in re Galli modestia enitebat. Sed maxime enituit, cum Consulatum se non ambire re ipsa docuit: de quo ipse Cicero L. Julio Cæsare, C. Martio Figulo Coss. A. u. c. DCXC. sic Attico suo scripsit, *Lib. I. epist.* 1. *In campo comitiis tribuniciis ad XVI. cal. sext. competitores, qui certi esse videbuntur, Galba & Antonius, & Q. Cornificius: puto te in hoc aut risisse, aut ingemuisse, ut frontem ferias. Sunt qui etiam Caesonium putent. Aquillium non arbitramur: qui denegat, & juravit morbum, & illud suum regnum judiciale opposuit.*

XI. Et tamen quis crederet? Hominem quem honorum ambitio non pertentavit, speciosæ magnificentiæ amor decepit. Adeoque Plinius, *Nat. Hist. Lib. XVII. cap.* 1. cum L. Crassi Oratoris, & Q. Catuli, qui Cimbros cum C. Mario fudit, domus magnificas laudasset; subdidit: *Multum vero pulcherrima consensu omnium aetate ea in colle viminali C. Aquillii Equitis*

Romani, *clarioris illa etiam*, *quàm Juris Civilis ſcientia*, *cum tamen objecta Craſſo ſua eſſet.* Earundem ædium etiam meminit P. Victor *de Regionibus urbis Romæ*, *Regione V. Exquilina* cum turri & colle viminali, ubi ait: *Domus Aquillii Juriſconſulti*, *Q. Catuli*, *& M. Craſſi.* Ubi prius refert Aquillii domum, ut aliis ſcilicet præferat. Nollem ut Aquillius Gallus tam pulchram domum exſtruxiſſet, ne Plinius vir acerrimi judicii diceret, C. Aquillium clariorem fuiſſe illa domo, quàm juris ſcientia. Quod ſine invidia ſenſiſſe, & ſcripſiſſe puto. Nam ſi quis attente conſideret omnes laudes Aquillio Gallo tributas, animadvertet celebrari illius bonitatem, acumen, definiendi ſollertiam, cavendi dexteritatem; non vero artem, qua Juriſprudentia caruit ante Servium Sulpicium, teſte Cicerone *in Bruto cap.* 41. non eloquentiam, quæ duæ res, & peritos, & imperitos maxime afficiunt. Dicendi autem Arte eum non excelluiſſe certum eſt, tum ex eo quod Cicero ait *in Topicis*, *cap.* 12. in facti quæſtionibus nil reſpondere ſolitum; ſed clientes ad ſe mittere conſueviſſe; tum ex *l. neceſſarium 2.* §. *Mucii* 42. *de orig. jur.* nam poſteaquam Pomponius dixerat, Mucii auditores fuiſſe complures, ſed præcipuæ auctoritatis Aquillium Gallum, Balbum Lucillium, Sextum Papirium, Gajum Juventium; de horum ſcriptis loquens, ait: *Omnes tamen hi a Servio Sulpicio nominantur*, *alioquin per ſe eorum ſcripta non talia extant*, *ut ea omnes adpetant*: *denique nec verſantur inter manus hominum*; *ſed Servius libros ſuos complevit*, *pro cujus ſcriptura*, *ipſorum quoque memoria habetur.* Ergo Aquillii Galli ſcripta, quæ Dionyſius Halicarn. laudat *Antiquit. Roman. Lib. III. pag.* 200. tempore Pomponii exſtabant; ſed non erant talia, ut ea omnes adpeterent; cumque non legi ſolerent, perrara erant; & tam Aquillii Galli, quam Balbi Lucillii, Sexti Papirii, & Gaii Juventii ſcripta, conſervata fuerunt opera Servii Sulpicii, qui inchoatos ab illis libros complevit: & hujus Servianæ ſcripturæ beneficio ipſorum memoria manſit apud poſteros. Tempore vero Ulpiani jam mihi videntur periiſſe C. Aquillii ſcripta, idque colligo ex *l. fundi* 17. §. *ſi ruta 6. de act. emti*, ubi Ulpianus Galli Aquillii opinionem refert ex Mela. Vixit autem Ulpianus ſub Antonino Caracalla, & Alexandro Severo.

XII. Vidimus ſupra Aquillium Gallum habuiſſe præſtantiſſimum magiſtrum. Habuit etiam diſcipulum egregium, ſe majorem, cui Juriſprudentia debuit Artem, Servium Sulpicium. Audiamus Ciceronem *in Bruto*, *cap.* 42. ubi de Servio Sulpicio loquens ait: *Cumque diſcendi cauſſa* (Juriſprudentiam ſcilicet) *duobus peritiſſimis operam dediſſet L. Lucillio Balbo*, *C. Aquillio Gallo*, *Galli hominis acuti & exercitati promptam & paratam in agendo*, *& in reſpondendo celeritatem*, *ſubtilitate diligentiaque ſuperavit. Balbi docti & eruditi hominis in utraque re conſideratam tarditatem vicit*, *expediendis conficiendiſque rebus. Sic & habet quod uterque eorum habuit*, *& explevit quod utrique defuit.* Quo Ciceronis judicio confirmatur quod ſupra dixi de Aquillii Galli Juriſprudentia parum erudita, & incondita. Locum, ubi Servius maxime audivit

divit Gallum Aquillium, docet Pomponius, qui de Servio loquens in *l. necessarium* 2. §. 43. *de orig. jur.* ait: *Instructus autem maxime a Gallo Aquillio, qui fuit Cercinæ. Itaque libri complures ejus extant Cercinæ confecti.* Cercinam intellige insulam prope Africam, hodie *Gamelera*, ubi delituisse Marium auctor est Plutarchus, cujusque meminerunt Pomponius Mela, *Lib. II. cap.* 7. & Plinius, *Lib. V. cap.* 7. Nullam autem caussam video cur ibi esse non potuerit Servius Sulpicius, caussa Galli Aquillii audiendi; cum & Athenis fuerit, ut legimus *epist.* 12. *Lib. IV. famil.* Ciceronis; & Rhodi, ut ait idem Cicero in *Bruto, cap.* 41. Quid ni igitur & Cercinæ, ut in illa solitudine melius Juri Civili operam navaret, posteaquam a Q. Mucio reprehensus fuerat, uti refert Pomponius ibidem?

XIII. Cum igitur Servius Sulpicius Aquillii Galli libros compleverit, quod non nisi post ejus mortem factum fuisse credendum est, & Sulpicius perierit in legatione ad M. Antonium, *l.* 2. §. 43. *de orig. jur.* A. Hirtio, & C. Vibio Pansa Coss. teste Cicerone, *Phil. IX. cap.* 1. u. c. a. DCCXI. dicendum est antea jam obiisse Aquillium, & amisso quidem filio, ut nonnulli colligunt ex Ciceronis *epist.* 6. *Lib. IV. ad familiares*, quæ scripta fuit Cæsare IV. Consule sine collega a. u. c. DCCIX. nisi malis Ciceronem ibi loqui de C. Sulpicio Galba, quem laudavit *in Bruto cap.* 20. nam in prædicta epistola ait Cicero Servio scribens *vester Gallus.* Fuit autem C. Sulpicius Gallus J. C. Servii gentilis. Atque hoc mihi magis placet cum Cicero aperte loquatur de illis, qui iis temporibus fuerunt, ut eorum luctum dignitas consolaretur ea, quam ex republica consequebantur. Quod minime convenit Aquillio Gallo. Ex 12. autem *capite Topicorum*, quæ scripta fuerunt A. ab u. c. DCCX. C. Julio Cæsare V. & M. Antonio Coss. certius colligitur, eo tempore jam obiisse Gallum Aquillium, cum de eo jam vita functo ibi Cicero loquatur. M. Tullii verba sunt hæc. *Ad Ciceronem inquiebat Gallus noster, si quis ad eum tale quid retulerat, ut de facto quæreretur.*

C. AQUILLII GALLI

VITA,

Posteriori cura scripta.

I. L. Crassus apud Ciceronem, *Lib. I. de Orat. cap.* 39. Q. Mucium Scævolam Pontificem Maximum his ornavit laudibus. *Q. Scævola, æqualis, & collega meus, homo omnium & disciplina Juris Civilis eruditissimus, & ingenio prudentiaque acutissimus, & oratione maxime limatus, atque subtilis, atque, ut ego soleo dicere, Jurisperitorum eloquentissimus, eloquentium Jurisperitissimus.* Ut autem refert Pomponius, *l. necessarium* 2. §. 42. *Mucii auditores fuerunt complures:*

plures: sed praecipuae auctoritatis Aquillius Gallus, Balbus Lucillius, Sextus Papirius, Gajus Juventius: ex quibus Gallum maximae auctoritatis apud Populum fuisse, Servius dicit: omnes tamen ei a Servio Sulpicio nominantur (id est, nomen famamque obtinent, ab illo allegati) *alioquin per se eorum scripta non talia extant* (extabant igitur Pomponii ætate) *ut ea omnes adpetant. Denique nec versantur omnino scripta eorum inter hominum manus. Sed Servius libros suos complevit*, (eorum scilicet doctrina) *pro cujus scriptura, ipsorum quoque memoria habetur.* Et paullo post agens de eodem Servio ait. *Instructus autem maxime a Gallo Aquillio, qui fuit Cercinae. Itaque libri complures ejus* (incertum est Aquilliine, an Servii; sed verosimilius videtur Aquillii) *extant Cercinae confecti*, ubi scilicet Aquillius habitare solebat.

II. Huc usque Pomponius, qui Aquillium Gallum laudavit ratione habita præceptoris Q. Mucii, & discipuli Servii Sulpicii, quem Mucii auditorem appellavit; quia Jurisprudentia docebatur, uti nunc dicam. Verissimum est quod Cicero *Epistolar. Lib. VII. ad familiares, epist.* 19. ad Trebatium dixit. *Sin tibi quædam videbuntur obscuriora, cogitare debebis, nullam artem litteris sine interprete, & sine aliqua exercitatione percipi posse, non longe abieris: num Jus Civile vestrum ex libris cognosci potest? Qui quanquam plurimi sunt, doctorem tamen usumque desiderant.* Sunt igitur necessarii ad Jurisprudentiam addiscendam, libri, doctores, & doctrinæ usus: libri ad studium excolendum: doctores ad scripta bene intelligenda, & ad doctrinæ usum servandum. Idcirco Jurisconsulti ad januas sedebant in solio, ut consulentium aditus facilior esset, ut indicat Cicero, *Lib. II. de Orat. cap.* 55. *juncto cap.* 45. *Lib. I.* Eò igitur confluebant non solum consultores, sed etiam Juris studiosi, ut Crassus ait apud Ciceronem, *dicto cap.* 45. *Testis est* (inquit) *hujusce Q. Mucii janua, & vestibulum, quod in ejus infirmissima valetudine, affectaque jam ætate, maximâ quotidie frequentiâ civium, ac summorum hominum splendore celebratur.* Jurisconsulti non solebant studiosos juris admittere data opera instituendos: sed cum a consultoribus interrogabantur, eos qui audiendi caussa conveniebant, quid Juris esset docebant multo diligentius & peritius, quàm consultores, quorum solum intererat interrogationibus suis satisfieri. Et idcirco in Jure nostro dici solent *Auditores*, qui Jus discebant. Quod nomen magistrorum Dignitate attenta honorificum erat: contra quam eveniebat Porcii Latronis auditoribus: *Neque enim illi mos erat* (ut ex Floro quodam Latronis auditore refert Seneca, *Controver. Lib. IV. contr.* 25.) *quemcumque audire declamantem. Declamabat ipse tantum, & ajebat se non esse magistrum, sed exemplum. Nec ulli alii contigisse scio, quàm apud Græcos Nicetæ, apud Romanos Latroni, ut discipuli non audiri desiderarent: sed contenti essent audire. Initio contumeliæ caussa a deridentibus discipuli Latronis Auditores vocabantur: deinde in usu verbum esse cœpit, & promiscue poni pro discipulo auditor. Hoc erat non patientiam suam, sed eloquentiam vendere.* Crediderim ego Porcii Latronis Auditores

contumeliæ

contumeliæ caussa ita vocatos. Sed nomen illud honorifice ab ipso Cicerone sæpe fuit usurpatum. Certe Q. Mucius sicuti dixi, Auditores suos instituebat. Nam Cicero in *Bruto*, *cap.* 89. ita scripsit. *Ego autem Juris Civilis studio multum operæ dabam Q. Scævolæ P. F. qui quanquam nemini se ad docendum dabat, tamen, consulentibus respondendo, studiosos audiendi docebat.* Sic fiebat ut domus Jurisconsulti totius oraculum civitatis esset, ut de Muciana domo dixit Cicero *Lib. I. de Orat. cap.* 45.

III. Idem dici poterat de C. Aquillii domo sita in colle viminali, quæ pulcritudine magnificentissimas alias superavit. Nam de ea Plinius, *Lib. XVII. cap.* 1. ita scripsit. *Crassus Orator fuit inprimis nominis Romani: domus ei magnifica: sed aliquanto præstantior in eodem Palatio, Q. Catuli qui Cimbros cum C. Mario fudit. Multo vero pulcherrima consensu omnium ætate ea in colle viminali, C. Aquillii, Equitis Romani, clarioris illa etiam, quàm Juris Civilis scientia, cum tamen objecta Crasso sua est.* Ubi ego dubito an Aquillii Juris scientia objecta fuerit Crassi scientiæ; an vero domus. Hoc postremum dici debet, si meminerimus apud P. Victorem in libro *De Regionibus Urbis Romæ* editionis Lugdunensis ex officina Mathiæ Bonhomme, *Regione V. exquilina cum Turre & Colle viminali..... Domus Aquillii Jureconsulti, Q. Catuli, & M. Crassi.* Sed si consideremus, hæc non legi in aliis exemplaribus, & fortasse additum fuisse ex Plinio, primum illud non incongrue dici potest. Utcumque sit, in ea domo contigit quod Plinius, *Lib. VII. Nat. Hist. cap.* 53. subitaneas mortes referens narrat, P. Quinctium Scapulam, cum apud Aquillium Gallum cœnasset, vita functum.

IV. Anni tempus ita distribuere solebat, ut partim habitaret Romæ Jurisconsulti munus exercens, partim Cercinæ, quæ urbs fuit in cognomine insula maris Syrtici, de qua Strabo, *Lib. XVII. cap.* 574. Ptolemæus, *Lib. IV. cap.* 3. *in fine*, & Plinius, *Lib. V. cap.* 7. nisi forte malis cum Joh. Corasio, & M. Antonio Mureto *Cecinæ* legere, quæ in Etruria fuit teste Mela, *Lib. II. cap.* 4. quod verisimilius puto ob Romæ proximitatem, & loci amœnitatem.

V. Constat ex Asconio Pediano *in Cornelianam*, Ciceronem A. ab u. c. DCLXXXVIII. M. Lepido & L. Volcatio Coss. Prætorem fuisse. Ejus collega fuit C. Aquillius, & familiaris etiam, ut ipse testatur, *Lib. III. de Officiis*, *cap.* 14. Videtur autem homo minime ambitiosus fuisse, nam idem Cicero cum Consulatum peteret, & de competitoribus verba faceret, sic ad Atticum scripsit, *Lib. I. epist.* 1. *Aquillium non arbitramur*, (id est, competitorem fore) *qui denegat, & juravit morbum, & illud suum regnum judiciale opposuit*; quam epistolam scripsit Cicero A. ab u. c. DCLXVIII. Coss. L. Aurelio Cotta, & L. Manlio Torquato. Atque ipse Cicero laudavit eum ut hominem prudentem, & modestum, *in Orat. pro Cæcina*, *cap.* 22. Quid autem amplius appetere debebat homo, qui, ut ait Cicero, obtinebat *regnum judiciale*? Equidem orante Cicerone sæpe judex sedit C. Aquil-

Digitized by Google

Aquillius, ut constat ex *Oratione pro Quintio*, quæ habita fuit anno ætatis Ciceronis XXVI. ab u. c. DCLXXIII. M. Tullio Decula, Gn. Cornelio Dolabella Coss. ut refert Gellius, *Noct. Atticar. Lib. XVIII. cap.* 17. juncto Eusebio Cæsariensi in *Chronico*: itemque ex *Oratione pro Cæcina*, *cap.* 27. quam habuit Cicero post aliquot annos.

VI. Quanti vero fecerit M. Tullius C. Aquillii Galli integritatem, prudentiam, & Juris scientiam, variis in locis testatus est. Primum omnium constat, Ciceronem tantum & tam egregium Jurisconsultum, consuevisse consulere Aquillium Gallum, nam in *Orat. pro Cornelio Balbo*, *cap.* 20. ita dixit. *Si Q. Scævola ille Augur, cum de jure prædiatorio consuleretur, homo juris peritissimus, consultores suos nonnunquam ad Furium, & Cascellium, prædiatores, rejiciebat: si nos de aqua nostra Tusculana M. Tugionem potius, quàm C. Aquillium, consulebamus, quod assiduus usus, uni rei deditus, & ingenium & artem sæpe vincit: quis dubitat, de fœderibus, & de toto jure pacis & belli, omnibus jurisperitissimis Imperatores nostros anteferre?* Eodem modo se gerebat Gallus cum Cicerone. *Nihil hoc ad jus; ad Ciceronem inquiebat Gallus noster, si quis ad eum tale quid retulerat, ut de facto quæreretur*, teste ipsomet Cicerone *in Topicis*, *cap.* 12. Unde constat C. Aquillium jam obiisse, cum Cicero Topica scribebat, A. scilicet ab u. c. DCCX. C. Julio Cæsare V. & M. Antonio Coss. Idem Cicero *in Bruto*, *cap.* 78. vocavit eum *peritissimum*, & *cap.* 42. *Galli hominis acuti & exercitati, promtam, & paratam in agendo, & in respondendo celeritatem celebravit.* Sed nunquam æque Gallum laudavit, atque in *Orat. pro Cæcina*, *cap.* 27. ubi præclari Jurisconsulti ideam in C. Aquillio Gallo nobis proposuit. *Hoc loco* (inquit) *percommode accidit, quod non adest is, qui paullo ante affuit, & adesse nobis frequenter in hac caussa solet, vir ornatissimus, C. Aquillius. Nam ipso præsente, de virtute ejus, & prudentia timidius dicerem, quod & ipse pudore quodam afficeretur ex sua laude, & me similis ratio pudoris a præsentis laude tardaret. Cujus auctoritati dictum est ab illa caussa concedi nimium non oportere. Vereor de tali viro ne plus* (forte legendum, *minus*) *dicam, quàm vos aut sentiatis, aut apud vos commemorari velitis. Quapropter hoc dicam, nunquam ejus auctoritatem nimium valere, cujus prudentiam Populus Romanus in cavendo non in decipiendo perspexerit: qui Juris Civilis rationem nunquam ab æquitate sejunxerit: qui tot annos ingenium, laborem, fidem suam Populo Romano promtam, expositamque præbuerit: qui ita justus & bonus vir est, ut natura, non disciplina consultus esse videatur: ita peritus ac prudens, ut ex Jure Civili, non scientia solum quædam, verum etiam bonitas nata videatur: cujus tantum est ingenium, ita promta fides, ut quidquid inde haurias, purum, liquidumque te haurire sentias.*

VII. Quid tantis laudibus addi potest, nisi C. Aquillii factorum commemoratio, quibus illæ comprobentur? Ad testamentorum firmitatem invenit modum instituendi postumos in eum casum, quo sui essent, ne præ-

teriti

teriti rumpant testamentum, *l. Gallus Aquillius* 29. *de lib. & post.* Ad negotia expedienda excogitavit stipulationem, quæ ab ipso inventore dicta est Aquilliana, *l. & uno* 18. §. *ejus rei* 1. *de acceptil.* §. *est prodita* 2. *Inst. quib. mod. obl. tollit.* Ad puniendos homines dolosos invenit pertulitque de dolo malo formulas, de quibus eleganter Cicero, *Lib. III. de Nat. Deor. cap.* 30. *& Lib. III. de Officiis, cap.* 14.

VIII. Quantum vero in judicando æquitati faverit, declarabit sequens sententia ab eo lata, cujus memoriam debemus Valerio Maximo *Lib. VIII. cap.* 2. C. Visellius Varro gravi morbo correptus, trecenta millia nummum ab Otacilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est: eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde Visellius ex illa tempestate adversus vota Otaciliæ. Quæ offensa quod spem prædæ suæ morte non maturasset; ex amica obsequenti, subito districtam fœneratricem agere cœpit nummos petendo; quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. De qua re C. Aquillius, vir magnæ auctoritatis, & Scientia Juris Civilis excellens, judex adductus, adhibitis in consilium principibus civitatis, prudentia & religione sua mulierem reppulit. Quod si eadem formula & Varro damnari, & adversaria absolvi potuisset; ejus quoque non dubito quin turpem & inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit. Nunc privatæ actionis calumniam ipse compescuit, adulterii crimen publicæ quæstioni *vindicandum reliquit.* Hæc Valerius Maximus. Merito igitur Cicero *Orat. pro Quintio, cap.* 1. dixit se Aquillii gratiam vereri. Ejusdem auctoritatem præter Ciceronem & Pomponium laudavit Licinius Rufinus, *l. si ita* 74. *de her. inst.*

IX. Perperam ei tribuitur Lex Aquillia, sive Plebiscitum Aquillianum, cum ille non fuerit Tribunus Plebis, & legis hujus meminerint Brutus, *l. si servus* 27. §. *si mulier* 22. *ad leg. Aquil.* & Q. Mucius apud Pomponium, *l. Quintus Mucius* 39. *in princ. ejusd. tit.* cum uterque fuerit Gallo antiquior, & Mucius ejus Præceptor.

X. Illud animadvertendum est, Ciceronem inter egregias C. Aquillii laudes non meminisse eloquentiæ. Et fortasse, quia hæc illi defuit, ejus scripta perierunt, multo tempore ante Justinianum, in cujus Pandectas nullum fragmentum relatum est ex ipsius libris desumtum; sed ejus formulæ & sententiæ ab aliis Jureconsultis conservatæ sunt. Quod magis mirum est, Grammatici veteres ejus testimoniis non sunt usi. Dionysius Halicarnassensis, historicus eruditissimus, *Antiquit. Roman. Lib. III. pag.* 200. refert, affirmare C. Aquillium, neglectas aliquando cloacas, nec amplius transmittentes aquam, Censores mille talentis purgandas & reparandas locavisse. Unde colligi potest magnifica cloacarum fabrica, quæ una fuit ex tribus structuris, ex quibus maxime apparuit amplitudo Imperii Romani. Extat etiam

apud Ciceronem in *Topicis*, *cap.* 7. Littoris definitio ab Aquillio excogitata magis elegans, quàm propria. Nam de illa ita Cicero. *Sæpe etiam definiunt & Oratores & Poëtæ per translationem verbi, ex similitudine, cum quadam suavitate. Sed ego a vestris exemplis* (loquebatur Cicero cum Trebatio) *nisi necessario, non recedam. Solebat igitur Aquillius, collega & familiaris meus, cum de Littoribus ageretur, quæ omnia publica esse vultis, quærentibus iis ad quos id pertinebat, quid esset Littus, ita definire*, Quà fluctus eluderet: *hoc est, quasi qui adolescentiam, florem ætatis; senectutem, occasum vitæ, velit definire. Translatione utens discedebat a verbis propriis rerum, ac suis.* Huc pertinet illud Quintiliani, *Lib. V. cap. ult. Sæpe plurimum lucis affert illa translatio; cum etiam ipsi Jurisconsulti, quorum summus circa verborum proprietatem labor est, Littus esse audeant dicere*, Quà fluctus alludit. Adde Boëtium *in Topica Ciceronis*, & Isidorum *Etymol. Lib. II. cap.* 29.

XI. Denique, ne quid prætermittam ad C. Aquillium pertinens, apud Gruterum, *pag. DCLII. nu.* 6. extat inscriptio Romæ reperta ubi mentio fit L. Aquillii Gemelli liberti Jureconsulti, nostri scilicet, ex qua (si veram eam agnoscimus, nam inepta, & ficta videtur; & est ex descriptis ex Ursini schedis) constat, cum duobus LL. scribi debere Aquillii nomen. Certe eodem etiam modo scriptum in antiquis numis hoc nomen legitur.

ULPIANUS Libro septimo decimo ad Edictum, in l. & si forte 6. §. etiam 2. si servit. vindic. vel ad alium pertin. neget.

Etiam de servitute quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit: ut & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum qui servitute imposita comprehensus est. & Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere, aliquid cogeretur: sed ne me facere prohiberet. nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet qui sibi servitutem adserit: non ad eum cujus res servit. sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere scribit.

COMMENTARIUS.

I. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc, ut in suo pingat) sed ut aliquid patiatur, aut non faciat, Pomponius, *l. quotiens* 15. *§. servitutum* 1. *de servitut.* Viridaria tollere est erigere. Nonius Marcellus *de compendiosa doctrina*, *cap.* 1. *Tollere est elevare, ostendere, erigere.* Viridia, igitur,

igitur, ſeu Viridaria eadem ratione tolli dicuntur, qua ædificia. Erant *Viridia* in tectis. Vitruvius *Lib. VI. cap. 6. Uti viridia de tectis per ſpatia feneſtrarum proſpiciantur.* Ideo antiquitus dubitatum fuit, an is cujus ædificium debebat ſervitutem altius tollendi, viridaria ſuper altitudinem ædificii habere poſſet, Javolenus *Lib. X.* ex Caſſio definivit, ædificia quæ ſervitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridia ſupra eam altitudinem habere poſſe: at ſi de proſpectu eſt, eaque obſtatura ſunt, non poſſe *l. ædificia* 12. *de ſervit. urb. præd.* Viridariorum fit mentio *l. arboribus* 12. *§. fructuarius* 4. *de uſufr. l. dolia* 26. *de inſtr. vel inſtr. legat. l. impenſæ* 79. *§. ult. de verb. ſign.* adeoque vicinus cogi poterit hoc caſu viridia tollere, id eſt, auferre, ſicuti qui altius ædificavit, contra ſervitutis conſtitutæ modum, cogitur ædificium altius quàm oportebat ædificatum, deſtruere: ratio eſt quia facto ædificationis ivit contra non factum quod promiſit: promiſit ſcilicet, ſe non ædificaturum, ut alter altius ædificatum haberet. promiſit ſe paſſurum ut vicinus altius ædificatum habeat, quod ſervare non poteſt, ſi ipſe contra ædificet.

II. Ut ea quæ diximus, melius intelligantur, diſtinguendum eſt id quod eſt ex natura ſervitutis ab eo quod eſt præter naturam ſervitutis, & ab eo quod eſt contra naturam ſervitutis. Ex natura, ſive de natura ſervitutis eſt id quod ſervitus eſt. Eſt autem ſervitus (realem hic definio) *Jus in prædio alieno, cujus dominus aliquid in eo pati, aut non facere cogitur ad vicini prædii utilitatem*, *§. unic. Inſtit. de reb. corpor. & incorpor. l. quotiens* 15. *§. ſervitutum* 1. *de ſervit. l. ergo* 5. *§. Neratius* 1. *de ſervit. præd. ruſtic.* Præter naturam ſervitutis eſt, id quod ſervituti accidit, hujuſmodi eſt, ut is debeat columnam reſtituere, quæ onus vicinarum ædium fert, cujus ſint ædes, quæ ſerviunt, *l. eum* 33. *de ſervit. præd. urban. noſtra l. & ſi forte* 6. *§. etiam* 2. *ſi ſervit. vindic.* Contra naturam ſervitutis eſt, ſervitutem velle conſtituere eo tempore, ad tempus, ſub conditione, aut ad conditionem, *l. ſervitutes* 4. *de ſervitutib.* ut pomum decerpere liceat, & ut ſpaciari, & ut cœnare in alieno poſſimus, *l. ut pomum* 8. *de ſervit.* Quod eſt de natura rei ei nequit abeſſe. Quod præter naturam, poteſt rei accedere, & abeſſe. Quod contra naturam, rei accidere non poteſt. Sic rationis capacitas nequit abeſſe homini, quia natura ſua eſt capax rationis: albitudo ei poteſt accidere, & abeſſe, quia præter naturam eſt, licet non contra naturam. Impotentia rationis ei accidere non poteſt, quia eſt contra hominis naturam. Sed redeo ad ſuperiora exempla. Servitus neceſſario eſt jus ex parte domini prædii dominantis; & juris minutio ex parte domini prædii ſervientis: hoc itaque ſervituti abeſſe nequit. Juris illa imminutio in eo conſiſtit, ut quis aliquid patiatur, aut non faciat ad vicini prædii utilitatem, *dicta l. quotiens* 15. *§. ſervitutum* 1. *de ſervitut.* Poteſt quis ita pati, ut præter patientiam nihil facere cogatur; & ita pati, ut aliquid facere cogatur. Plerumque evenit primum; raro, ſecundum. quam raro id accidat,

dat, illustri exemplo postea declarabo. Denique jus illud servitutis cum Jurisconsultorum inventum sit, ab his accepit suum terminum, & modum: adeoque servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia, quandiu volam) constitui possunt: sed tamen si hæc adjiciantur, pacti, vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutem vindicanti: idque & Sabinum respondisse Cassius retulit, & sibi placere, *l. servitutes* 4. *de servit.* Quamobrem tuitione Prætoris valet, quod stricto jure non valet. quia servitus summo jure naturam habet angustiorem; jure Prætorio latiorem. Nec novum, idque evenit etiam in testamento, aliisque, quorum natura a jure constituentium arbitrio procedit.

III. Dixi antea, ut pomum decerpere liceat, & ut spaciari, & ut cœnare in alieno possimus, contra naturam esse servitutis: ideo talis servitus imponi non potest, *l. ut pomum* 7. *de servit.* ratio est, quia patientia, quæ requiritur ad servitutem realem, est patientia quæ tendat ad vicini prædii utilitatem: cum vero superiora ad voluptatem dominorum, non ad utilitatem prædiorum pertineant, contra naturam servitutis sunt; adeoque talis servitus constitui nequit. Hæc mihi expeditissima videntur.

IV. Superest ut exemplum quod supra promisi ad illustrandam doctrinam de his quæ præter naturam sunt, afferam. Utar elegantissima disputatione Pauli ex *Lib. III. Epitomarum* Alfeni Digestorum. Scripsit ibi, Eum debere columnam restituere, quæ onus vicinarum ædium ferebat, cujus essent ædes, quæ servirent: non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege ædium ita scriptum esset, *paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit*, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, *ut in perpetuum idem paries æternus esset*, quod ne fieri quidem posset, *sed ut ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret*: quemadmodum si quis alicui cavisset, *ut servitutem præberet, qui onus suum sustineret, si ea res, quæ servit, & suum onus ferret, periisset, alia in locum ejus dari debeat.* Huc usque Paulus, cujus disputatio eò pertinet, ut intelligamus, dominum ædium servientium debere restituere columnam, quæ onus vicinarum ædium ferebat, propterea quod ita convenisse videtur. alioqui quorsum illa tam diligens interpretatio legis ædium, id est, conditionis circa modum ædium habitandarum? Nunc jam facile intelligo Ulpianum ita docentem hac nostra lege. *Etiam de servitute*, (inquit) *quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est*, sive expresse, sive tacite. Modus autem refectionis, in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte, ut reficiat lapide quadrato, vel lapide structili, vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est, *l. & si forte 6. §. modus 5. si servit. vindic.* Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet; deteriorem si facit,

aut

aut per hanc actionem, aut per operis novi nuntiationem prohibetur, *dicta l. 6. §. ult.* Addit Ulpianus: *eodem Lib. XVII. ad Edictum in l. 8. ejusdem tit. sicuti autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quandiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat: & restituet, cum paries fuerit restitutus.* εἰρωνικῶς loquitur Ulpianus hoc loco, & ejus sententia hæc est. Refectio parietis onus ferentis pertinet ad inferiorem vicinum; fultura ædificiorum ad superiorem: qui nisi vult fulcire, neque præterea superius ædificium diruere, ut novum adstruat, curam fulciendi deponat: quo fiet, ut ejus culpa totum ædificium corruat, ac proinde inferior parietem eum vicini culpa collapsum reficere non debebit; reficimus enim quod factum est. Superior itaque dominus restituat, si potest, pristinum parietem, & reficiet, cum paries fuerit restitutus. & hic quoque sicut in cæteris servitutibus, actio contraria debebitur: hoc est, jus tibi non esse me cogere, *dicta l. sicuti 8. hujus tit.* argumento a contrario sensu *l. & Atilicinus 35. de servit. præd. rustic.* ubi aquæductus ita demum restituitur, atque his qui amiserint eum ita demum succurritur, si non negligentia aut culpa sua amiserant: ergo si cum negligentia aut culpa, nulla fit restitutio.

V. Hæc cum ita se habeant, facile respondebimus Gallo Aquillio putanti, non posse ita servitutem imponi, *ut quis facere aliquid cogeretur; sed ne me facere prohiberet.* Hactenus enim Gallo assentiendum, quatenus quis solum cogitur aliquid facere: non vero si facere cogitur ut patiatur: tunc enim factum est necessarium antecedens patientiæ. Arguebat Gallus ab eo quod evenit in cæteris servitutibus. Ajebat enim, in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit: non ad eum cujus res servit? Quid inde, Galle, homo acutissime, colligis? An non vides id evenire præter naturam, quod a servitutis essentia abesse, eique accidere potest? Perinde est ac si colligas: omnes homines albi: igitur & Æthiopes, quia homines. Igitur merito evaluit Servii sententia in proposita specie, ut posset quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Ait Ulpianus in *proposita specie*, significans in alia specie aliud dicendum esse, quia voluntas contrahentium longe diversa est. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere, scribit. Quid est igitur quod subjicit Ulpianus *in §. 3. Hæc autem actio in rem magis est, quàm in personam?* igitur aliquomodo est in personam? Concedo, si & possideat, non si derelinquat rem: quod idem Ulpianus declarat sequentibus verbis: & non alii competit, quàm domino ædium, & adversus dominum: sicuti cæterarum servitutum intentio. ergo si quis nolit esse dominus, adversus se actio non competet.

VI. Si ædes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papinianus *Libro III. quæst.* tractat, & ait singulos dominos in solidum agere, sicuti

do

de cæteris servitutibus, *l. & si forte 6. §. si ædes 4. hujus tit. l. loci 4. §. si fundus 4. eod.* excepto usufructu, *dicta l. 6. §. 3. quia dividuus, l. 1. §. si usufructus 9. ad leg. Falcid.* sed non idem respondendum inquit, si communes ædes essent, quæ onera vicini sustinerent, *dicta l. 6. §. 3.*

VII. Præterea sciendum est, venire & fructus in hac actione: id est, commodum quod haberet, si onera ædium ejus vicinus sustineret, *dicta l. & si 6. §. veniunt 6. eod. consule l. loci 4. §. in confessoria 2. eod. tit.* De eventu hujus actionis vide *l. harum actionum 7. hujus tit.*

ULPIANUS Libro trigesimo secundo ad Edictum in l. fundi 17. §. si ruta 6. de actionibus empti & venditi.

Si ruta & cæsa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quæ eruta sunt: ut harena, creta, & similia. cæsa ea esse, ut arbores cæsas, & carbones, & his similia. Gallus autem Aquilius, cujus Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis & cæsis contineri: quia si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest. neque enim magis de materia cæsa, aut de cæmentis, aut de harena cavendum est venditori, quàm de ceteris, quæ sunt pretiosiora.

COMMENTARIUS.

I. In ædium & fundorum venditionibus, recipi, sive excipi solent quædam conditiones, sive leges, qualis illa est *de rutis & cæsis.* Ideo Cicero *in Partit. cap. 31.* ait: *Ex lege prædii quæritur, quæ sint ruta cæsa.* & in *Topicis, cap. 25. Fecique* (inquit) *quod sæpe liberales venditores solent, ut, cum ædes, fundumve vendiderint, rutis cæsis receptis, concedant tamen aliquid emtori, quod ornandi causâ apte & loco positum esse videatur.* Hinc multi jurisconsulti quæsierunt, quæ comprehenderentur in rutis & cæsis: & extant ea de re variæ explicationes, quæ omnes eòdem tendunt. Quintus Mucius Scævola libro singulari τῶν ὅρων ait. *In rutis & cæsis ea sunt, quæ terra non tenentur, quæque opere structili tectoriove non continentur, l. in rutis 241. de verb. sig.* Ergo e contrario ædium sunt, & inter ruta cæsa non sunt, quæ tabulæ pictæ pro tectorio includuntur, *l. fundi 17. §. quæ tabulæ 3. de act. emti.* Pomponius *Lib. XXXI. ad Q. Mucium* explicans ejus sententiam sic ait. *Quintus Mucius scribit, qui* (lego, *quis*) *scripsit ruta cæsa, quæque ædium fundive non sunt, bis idem scriptum: nam ruta cæsa ea sunt, quæ neque ædium neque fundi sunt, l. in vendendo 66. §. ult. de contr. emt.* Merito igitur Javolenus *Lib. VII. ex Cassio. Granaria*, inquit, *quæ e tabulis fieri solent, ita ædium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt* (nam fundi nihil est, nisi quod terra se tenet, *l. fundi 17. de act. emti*):

quod

quod si supra terram sunt, rutis & cæsis cedunt. Tegulæ quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamvis tegendæ gratia allatæ sunt, in rutis & cæsis habentur. Aliud juris est in his quæ detractæ sunt ut reponerentur: ædibus enim accedunt, *l. granaria* 18. §. *regulæ* 1. *& seq. de act. emti*, *l.* 17. §. *ult. eod.* Meritò quidem: nam, ut Ulpianus docuit, ea quæ ex ædificio detracta sunt, ut reponantur, ædificii sunt: ad ea quæ parata sunt ut imponantur, non sunt ædificii, *l. fundi* 17. §. *ea* 10. *de act. emti.* Nunc facile intelligetur Ulpiani explicatio in nostra lege. *Si ruta*, inquit, *& cæsa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quæ eruta sunt, ut arena, creta, & similia: cæsa ea esse, ut arbores cæsas, & carbones, & his similia.* Adde *l. nostram fundi* 17. §. *fundo* 2. §. *reticuli* 4. Quapropter merito Cicero *Lib. II. de Oratore, cap.* 55. sic ait. *Sed dicet, te, cùm ædes venderes, ne in rutis quidem & cæsis solium tibi paternum recepisse*: ubi *solium* intelligit Jurisconsulti *sellam*, quæ plane non est pars domus, ac proinde inter ruta cæsa computatur.

II. Declaravimus jam quænam numeranda sint inter ruta cæsa. Superest ut inquiramus, num exceptio illa de *rutis cæsis* necessaria sit, ut ruta cæsa recepta sive excepta intelligantur. Gallus autem Aquillius, cujus Mela refert opinionem, recte ait, id approbante Ulpiano, frustra in lege venditionis de rutis & cæsis contineri: quia, si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest: neque enim magis de materia cæsa, aut de cæmentis, aut de arena, cavendum est venditori, quàm de cæteris, quæ sunt pretiosiora. Ejusdem sententiæ fuit Julianus scribens, emtorem qui ruta cæsa non restituit, ad exhibendum teneri, in quantum in litem juravero: sed ibi adjicit, si emtor possideat, aut dolo fecit, quominus possideat, *l. Celsus* 5. §. *idem Julianus* 2. *ad exhib.* Verba illa Ulpiani, *neque enim magis de materia cæsa, aut de cæmentis, aut de arena cavendum est venditori, quàm de cæteris, quæ sunt pretiosiora*, sic explicanda sunt. Cum quis ædes, verbi gratia, vendit, non est necesse ut caveat de excipiendis rebus pretiosis, quæ non sunt partes ædium: ergo multo minus de materia cæsa, aut de cæmentis, aut de arena debet cavere venditor. Quis enim ignorat vendita re vendi partes rei; non vero, ea quæ sunt extra rem, nisi natura sua sint rei accessoria? Illa vero differentia memoria tenenda est. Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Ædium autem nulla esse, quæ ædibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta feras, claves, claustra: multa etiam defossa esse, neque tamen fundi, aut villæ haberi, ut puta vasa vinaria, torcularia; quoniam hæc instrumenti magis sunt, etiamsi ædificio cohærent, *nostra l. fundi* 17. *in princ. de act. emti.* Sed & vinum & fructus perceptos villæ non esse, constat, *d. l. fundi* 17. §. 1. *l. venditi* 2. *in fin. Cod. eod.* Aliud dicendum de pendentibus, *l. fructus* 44. *de rei vind.* Ut vero certam definitionem habeamus multis casibus definiendis, Labeo generaliter scribit, ea, quæ perpetui usus causa in ædibus sunt, ædificii

 esse:

esse: quæ vero ad præsens, non esse ædificii, ut puta fistulæ temporis causa positæ, ædium sunt. Alia exempla *vide in §§. seqq.*

SCÆVOLA Libro sexto Quæstionum in l. Gallus 29. de liberis & postumis.

Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit, SI FILIVS MEVS VIVO ME MORIETVR, TVNC SI QVIS MIHI EX EO NEPOS, SIVE QVÆ NEPTIS POST MORTEM MEAM. IN DECEM MENSIBVS PROXIMIS, QVIBVS FILIVS MEVS MORERETVR, NATVS NATA ERIT: HEREDES SVNTO. *§. 1. Quidam rectè admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat: ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. §. 2. Idem credendum est Gallum existimasse & de pronepote: ut dicat testator*, SI * ME * VIVO NEPOS DECEDAT, TVNC QVI EX EO PRONEPOS, *& cetera. §. 3. Sed & si vivo filio, jam mortuo pronepote, cujus uxor prægnas esset, testamentum faceret: potest dicere*, SI ME VIVO FILIVS DECEDAT, TVNC QVI PRONEPOS. *§. 4. Num si & filius & nepos vivat, concipere utrisque mortuis, vivo se, tunc qui pronepos nasceretur? quod similiter admittendum est. ita sanè, si prius nepos deinde filius decederet. ne successione testamentum rumperetur. §. 5. Et quid si tantùm in mortis filii casum conciperet? quid enim si aquæ & ignis interdictione peteretur? quid si nepos, ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset? hi enim casus, & omnes ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Velleam. sed ex sententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint. §. 6. Quid si qui filium apud hostes habebat, testaretur? quare non induxere, ut si anteaquam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris, decederet: tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet? nam hic casus ad legem Velleam non pertinet. melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate, præsertim post legem Velleam, quæ & multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem qui sibi post mortem suus nasceretur, rectè instituisse videatur quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque præteritus. atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut, quicumque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur. §. 7. Si ejus qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus prægnas ab hostibus capta sit, ibique vivo pariat, mox ille post mortem patris atque avi redeat: utrum hic casus ad legem Velleam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit? possitque vel ex jure antiquo, vel ex Vellea institutus non rumpere? quod quærendum est, si jam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert utrum ex jure antiquo, an ex lege Vellea excludatur. §. 8. Forsitan addubitet quis an istis casibus, si nepos*

nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque vivo patre deinde avo nascatur: an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non rectè institutus esset. quod minimè est expavescendum. hic enim suus heres nascitur, & post mortem nascitur. §. 9. *Ergo & si pronepos admittetur qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset adoptatur.* §. 10. *In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius dumtaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus. nam frustra exheredabitur post mortem suam. quod non esse necessariò in eo filio qui apud hostes est, si ibi decedat: & in nepote certè & pronepote. quorum si liberi heredes instituantur, institutionem numquam exigemus: quia possunt præteriri.* § 11. *Nunc de lege Vellea videamus. Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.* §. 12. *Et videtur primum caput spectare, qui cum nasceretur, sui heredes futuri essent. & rogo si filium habeas, & nepotem nondum natum tantùm ex eo heredem instituas: filius decedat: mox vivo te nepos nascatur? ex verbis dicendum est non rumpi testamentum. ut non solùm illud primo capite notaverit, si nepos qui eo tempore instituatur, quo filius non sit: verùm & si vivo patre nascatur. quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit observari id tempus quo nascitur? nam etsi ita verba sunt,* QVI TESTAMENTVM FACIET, IS OMNIS VIRILIS SEXVS, QVI EI SVVS HERES FVTVRVS ERIT, *& cetera: etiam si * vivente) parente vivo nascantur.* §. 13. *Sequenti parte succedentes in locum liberorum, non vult * lex * rumpere testamentum. & ita interpretandum est, ut si & filium & nepotem & pronepotem habeas: mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et benè verba se habent,* SI QVIS EX SVIS HEREDIBVS SVVS HERES ESSE DESIERIT, *ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli AquilI sententia diximus. nec solùm si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat: sed & si supervixit patri, ac decedat. dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.* §. 14. *Videndum, num hac posteriore parte,* SI QVIS EX SVIS HEREDIBVS SVVS HERES ESSE DESIERIT, LIBERI EIVS, *& cetera,* IN LOCVM SVORVM SVI HEREDES SVCCEDVNTO, *possit interpretatione induci, ut si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas: non tantùm si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet. nihil enim addidit, quo significaret tempus: nisi quòd, licet audenter, possis dicere vivo patre hunc suum heredem esse desisse, licet post mortem decedat: quia nec redit, nec potest redire.* §. 15. *Ille casus in difficili est, * si * filium habeas, & nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. non enim suus heres est tempore quo nascatur: nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quàm qui iam natus erit. Denique & superiore capite ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permitti. posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi. néve ob eam rem minus ratum esset quod succedit.*

Porrò procedere debet, ut utiliter sit institutus. quod nullo jure potuit qui nondum natus erat. Juliano tamen videretur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. §. 16. *Quæremus tamen, cum recepta est* (Iuliani) *Iuliano sententia, an si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur: sponte adire possit hereditatem. quod magis probandum est. nam emancipatione suus heres fieri non potuit.*

COMMENTARIUS.

I. Antequam legem *Gallus* 29. *de lib. & post.* explicare incipiam, dicam ea quæ præmitti debere arbitror, ut interpretationi præluceant. Initium duco a voce, *Postumus*, quæ, si analogia sequenda est, venit levi &. frequenti mutatione, ab adjecto, *postimus*, & hoc a *posterus*: quemadmodum a *citer*, quo Cato teste Capro Grammatico usus fuit, est *citimus*, pro *citerrimus*; & ab *inferus*, quod Livius Andronicus usurpavit, est *infimus*. quæ originatio, si vera est, *postumus* absque spiritu scribendum est; & adjective ponitur pro *extremo*, sive *ultimo*. quo sensu Tertullianus *in Scorpiaco adversus Gnosticos*, *cap.* 1. ait: *Cauda erit quodcumque de postumo corporis propagatur, & verberat.* Idemque *Libro de Resurrectione carnis*, *cap.* 45. scripsit: *Et si ordine postumat; effectu tamen anticipat.* Et Apulejus *Metamorphoseos Lib. IV. Postumæ spei* meminit, postremam intelligens; eodemque sensu in *Apologia*, de Æmiliano loquens, ait: *Quamquam est jam præcipiti ævo, & occidua senectute; tamen, si videtur, suscipiat doctrinam, seram plane, & postumam.*

II. Si originationem hanc amplectamur, dicendum est, vocem hanc institutam ad significandum id quod postremum, sive ultimum est, usu loquendi restrictam ad significandum eum, qui post patris mortem natus est, qui revera postremus filius, sive ultimus est. quo sensu Megadorus apud Plautum in *Aulularia*, *actus II. sc.* 1. *vers.* 40. dixit.

> *Post mediam ætatem, qui mediam ducit uxorem domum;*
> *Si eam senex anum prægnantem fortuitu fecerit,*
> *Quid dubitas, quin sit paratum nomen puero Postumus?*

Eodemque sensu Virgilius *Lib. VI. Æneid.* ✱. 761.

> *Primus ad auras*
> *Ætherias Italo commixtus sanguine surget*
> *Silvius, Albanum nomen, tua postuma proles:*
> *Quem tibi longævo serum Lavinia conjux*
> *Educet silvis Regem, regumque parentem.*

Ubi dicendum cum Sulpicio Apollinari apud Gellium, *Noct. Atticar. Lib. II. cap.* 16. illam postumam prolem natam Æneæ longævo. *Longævo, inquit* (Sulpicius Apollinaris) *non seni (significatio enim est contra historiæ fidem) sed in longum jam ævum & perpetuum recepto immortalique facto. Anchises enim,*

Digitized by Google

enim, *qui hæc dicit ad filium, sciebat eum, quum hominum vita discessisset, immortalem atque indigetem futurum, & longo perpetuoque ævo potiturum*: ita ut de eo dici posset quod de Romulo Ennius apud Ciceronem, *Lib. I. Tuscul. quæst. cap.* 12. & Servium, *Lib. VI. Æneid. v.* 764.

Romulus in cælo cum Diis genitalibus ævum
Degit.

Atque hoc est consentaneum illorum temporum Historiæ referenti Silvium post Æneæ mortem natum fuisse, & verbo illi, *Regem*; alioqui non Regem, sed Regis viventis filium Lavinia eduxisset.

III. Sed Varro, Festus in *v. posthumus*, Plutarchus *in Coriolano*, & in *Sylla*, Eutyches in *Conjectaneis Cassiodori de Orthographia*, *cap.* 9. Beda *de Orthographia*, & *Glossæ* Philoxeni, aliam originationem sequuntur, quæ, si vera est, cum adspiratione debet scribi, *Posthumus*; isque solum intelligendus est, qui post humatum patrem natus. Hujus sententiæ fuit Ulpianus, qui *in l. posthumi* 3. §. 1. *de inj. rupt.* scripsit, *Posthumos autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur. Dumtaxat*, inquit, quæ particula determinans est, ceterosque alios excludit. Valde autem mihi videntur errare illi, qui, cum Ulpianus ita locutus fuerit, asserunt eum latiore significatione accepisse *posthumum*; & ideo posthumos quosdam confinxerunt, quos *Vellejanos* appellarunt. quorum verborum vim, si probe intellexissent, nunquam ex Ulpiani contextu tam absurdam divisionem eruere tentassent, uti suo loco dicetur.

IV. Illud animadvertendum est, Ulpianum *parentis* nomine intellexisse non patrem solum, sed avum etiam, aut proavum, ceterosque ascendentes. Hinc nata fuit divisio postumorum in postumos suos heredes, & postumos alienos heredes; sive, ut brevius dicam, in postumos suos, & alienos; quos inter nulli alii possunt esse medii. Etenim, cum inter quocumque modo descendentes non plures heredes inveniantur, quàm sui, & alieni, aut extranei, ut constat ex *tit. Instit. de her. qual. & differ.* & in hac voce, *postumus*, suppleatur heres; omnis postumus heres, suus heres debet esse; aut alienus. qui igitur quasi ad sua bona vocantur, sui erunt, *l. in suis* 11. *de liber. & post.* qui ad aliena, alieni, sive extranei, §. *ceteri* 3. *Instit. de her. qual. & differ.* sive non sui.

V. Sed tempus est, ut quæ pertinent ad postumi institutionem, & exheredationem, persequamur, ut aditus tandem ad legem nostram patefiat. Rem a capite arcessamus. Cum lege XII. Tabular. ita cautum esset: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*, Pomponius, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* Gajus, *l.* 1. *de her. petit. & l.* 1. *de test. tut.* Ulpianus, *l. lege* 130. *de verb. sign.* & *in fragm. tit. de tutelis* 11. §. *testamento* 14. *de test. tut. l. sæpe* 53. *de verb. sign.* Justinianus, *princ. Inst. de lege Falc.* & *Novel. XXII. cap.* 2. credibile est, initio legem illam secundum litteram intellectam fuisse, postumosque primum gradum respectu testatoris occu-

occupaturos, heredes institui potuisse. Sed ubi primum Jurisprudentes auctoritatem habere cœperunt novum jus inducendo subtili sua disputandi ratione, sic legem illam interpretati sunt: Uti Paterfamilias certa animi sententia, certoque judicio, disposuerit (id enim significat *legare*) de bonis suis, & liberorum suorum tutela; ita post mortem ejus observator. Absurdum enim visum fuit eam testatoris voluntatem ratam haberi, & jus facere, quæ neque consilio, neque judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, quamque nec ipse, cum testamentum ordinaret, designare poterat, quis esset, aut futurus esset, neque heres institui, *l. quotiens* 9. *§. heres* 9. *de her. inst.* *§. sciendum* 70. *de verb. sign.* neque legatum ex testamento capere poterat, *§. incertis* 25. *Inst. de legat.* Ulpianus, *tit.* 22. *qui heredes institui possunt*, *§. incerta* 4. ubi hanc rationem reddit: *quoniam certum consilium debet esse testantis.* His consequens erat, nec eum qui in utero erat, ex ejusdem legis sententia sic intellecta, heredem potuisse institui: utpote qui & ipse persona incerta habebatur: crediderim propter incertum, an nasciturus aliquando esset, nec ne, masculus, an femina; unus, an plures nascituri. Præterea institutus debebat habere testamenti factionem, si suus esset, duobus temporibus, tempore scilicet institutionis, ut ab initio valeret, & postea consistere posset, *l.* 1. *de reg. Cat.* & tempore mortis, quia tunc confirmatur testamentum, ut exitum habere possit: in extraneis etiam tempore delatæ hereditatis, ut effectum sortiatur, *§. in extraneis* 4. *Inst. de her. qual. & differ.* Cum igitur ob has rationes eveniret, ut postumus institui & exheredari non posset; præteritus autem, is qui suus nasceretur, testamentum agnascendo rumperet, & ut omnino testatoris voluntatem everteret; disputatione fori introductum fuit ad conservanda hominum judicia, ut in testamentaria successione, postumi sui, hoc est, qui, si tempore testamenti nascerentur, inter suos heredes futuri, & præteriti testamentum rupturi essent, pro natis haberentur, instituique, atque exheredari possent: quod Gajus quodammodo significat *Libro II. Inst. tit.* 3. *de exher. liber.* *§. postumorum* 2. ubi de institutione, & exheredatione postumorum agens, ait, *in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi.* Sed multo clarius Ulpianus, *tit.* 22. *qui heredes institui possunt*, *§. eos* 19. ait. *Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes: siquidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Julia.* Jus Civile vocat Ulpianus compositum a Prudentibus, *l.* 2. *§. his legibus* 5. *§. post hos* 39. *de orig. jur.* Pro lege autem *Julia*, legi debet *Junia*, & intelligenda est quæ ab eodem Ulpiano pleno nomine dicitur *Junia Velleja*, *l. hereditas* 10. *§. qui filium* 1. *de test. tut.* & a Gajo, *l. postumorum* 13. *de inj. rupt.* Ex quibus locis emendandus est *§. postumorum* 2. *Inst. de exher. liber.* Ait Ulpianus *eos qui in utero sunt*, idem vero dicendum de his qui in utero erunt. Nec quicquam intererat

deesse

Digitized by Google

deesse his postumis testamenti factionem tempore testamenti: *Quid enim*, inquit Scævola, *necesse est*, *tempus testamenti faciendi respici*, *cum satis sit observari* id tempus quo nascitur? *nostra l. Gallus* 29. *§. & videtur* 12. *de liber. & post. juncta l. placet* 4. *ejusd. tit.* quasi diceret Scævola, postumi institutionem pro conditionali haberi, quasi collatam in tempus nascendi. Placet autem Catonis Regulam ad conditionales institutiones non pertinere, *l. placet* 4. *de reg. Caton.* Quod si in servo proprio admissum est, ut etiamsi ipse testamenti factionem non habeat, eam tamen accipiat a suo domino, atque ita institui possit ab eo, insuper habita regula de tribus temporibus, seu potius per superiorem fictionem accommodata; quod licet initio speciali defuncti favore introductum fuit, *§. licet autem* 1. *Instit. qui & ex quib. caus. man. non possunt*; quod postea transiit in commune jus, *argum. §. necessarius heres* 1. *de her. qual. & diff.* cur non idem in postumo admittendum esset? Aut cur non ei reservarentur sua jura, *l. antiqui* 3. *si pars her. petat*? Hoc autem solum obtinuit in postumo suo, & quidem tempore mediæ Jurisprudentiæ, ut conjectari licet ex agitata quæstione inter legitimos heredes Coponii cujusdam, & M'. Curium judicio centumvirali fortiter controversa a Q. Mucio, & L. Crasso, Oratoribus clarissimis. Meminit Cicero multis in locis, & Quinctilianus *Instit. Orator. Lib. VII. cap.* 6.

VI. Atque hæc de postumo suo. In alieno vero nihil visum fuit Jurisprudentibus cur a ratione juris veteris recederetur; quippe cujus institutio necessaria non erat, cum natus nunquam rumperet testamentum. Sed quia fieri poterat ut qui tempore testamenti alienus esset, suus tamen nasceretur post testatoris mortem; atque ita rumperet testamentum (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur, *§. postumi* 1. *Inst. de exher. liber.*) ut testamenta etiam ex hac parte sustinerentur, Gallus Aquilius Jurisconsultus acutissimus, novum jus minime statuendo, ut perperam aliqui docuerunt (nec enim licebat privata unius Jurisprudentis auctoritate novum jus condere) sed quod jure civili receptum jam erat, ad hanc etiam speciem accommodando, more Jurisconsultorum, cautionem, sive formulam excogitavit, qua præteritionis vitium removeretur, atque is etiam casus includeretur in Jure Civili, quod jam antea obtinebat. Itaque consilium dedit avo, ut prius filium institueret: postea nepotem, qui post ejusdem avi mortem nasceretur, si filius vivente se decederet. Formula autem hujusmodi verbis concepta fuit. *Filius meus heres esto*: *si filius meus vivo me morietur*; *tunc*, *si quis mihi ex eo nepos*, *sive quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis*, *quibus filius meus moreretur*, *natus natave erit*, *heres esto*. *l. Gallus* 29. *de liber. & post.*

VII. Atque hactenus Jus Civile, Gallique formula, complexa sunt eos, qui mortuis patre & avo nascerentur. De natis vero vivente avo, sive ante, sive post testamentum factum, Jurisconsulti nihil induxerunt; quia huic

huic casui poterat testator occurrere alio condito testamento, in quo institueret, aut exheredaret nepotem, qui, vel agnascendo, vel succedendo, heres suus futurus esset avo. Sed, quoniam non semper quis scire potest ea quæ contingunt; & absque culpa ignorare potest filii sui mortem; neque ubique facultas datur condendi testamenti; quia non ubique tot cives Romani præsto sunt, quot requiruntur ad testamentorum sollemnitatem; aut quia nimis urget valetudinis vis; ideo Lex Junia Vellæa novi testamenti condendi necessitatem sustulit data potestate instituendi nepotes qui vivente testatore nascerentur sui, traditaque ratione instituendi jam natos in casum quo sui sint. Et quamquam id fieri etiam potuisset Jurisprudentum disputatione, & auctoritate, si ipsi voluissent: tamen quia aliud est posse, aliud facere; cum illi huic casui non providerint consilio suo, Galli formula adhuc non extensa; lege Junia Vellæa provisum fuit, quæ omne præteritionis periculum in posterum exclusit, complexaque est omnes casus institutionis postumorum, quos duobus capitibus comprehendit. In priori voluit, viventibus testatoribus natos non rumpere testamentum, etiamsi sui sint, dummodo instituantur, nostra *l. Gallus* 29. *§. nunc* 11. *& §. & videtur* 12. *de liber. & post.* In posteriori tradidit rationem instituendi nepotem jam natum, si esset in locum heredis sui successurus, hoc modo: *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, addita, aut prius confirmata pœna rupturæ testamenti, si succedens nepos præteritus esset, *dicta l. Gallus* 29. *§. sequenti* 13. *de liber. & post. l. postumorum loco* 13. *de inj. rupto.* De quibus capitibus late postea differemus.

VIII. Hæc autem lex dicta est Junia Velleja a latoribus suis M. Junio Silano, & Vellejo Tutore, quorum Consulum meminit Ulpianus, *l. & primo* 2. *§. postea* 1. *ad S. C. Vellej.* & Vellei iterum, *l.* 1. *in princ. de adsig. libert.* ubi pro *Rufo* reponendum est *Tutore.* Hi Consules fuere anno æræ Christianæ XLVI. quod ita probo. Dio Cassius, *Lib. LX. pag.* 683. sic ait: *Circumacto hoc anno* (XLV. scilicet æræ Christianæ) *Valerius Asiaticus iterum, M. Silanus Consulatum acceperunt. Silanus tempus magistratui suo præscriptum* (intellige limitatum) *exegit. Asiaticus autem ad Consulatum toto anno gerendum destinatus* (*quod aliis etiam evenit*) *ultro se eo abdicavit.* Valerio igitur Asiatico aliquis Consul suffectus fuit: & non alius profecto, quàm C. Vellæus Tutor, cujus mentionem faciunt, tum Ulpianus, *l. & primo* 2. *§. postea* 1. *ad S. C. Vellej.* tum duæ tabulæ æneæ apud Gruterum, *pag. CCCCLXX. num.* 1. *&* 2. & præterea Fasti Capitolini, qui eum suffectum referunt Calendis Juliis; & tantum hoc discrepant a ceteris, quod *Rufum* eum cognominent. Sed qui ex uno M. Valerio Messala Asiatico, duos Consules fecerunt, C. Valerium Asiaticum, & M. Messalam; mirum non est, in Vellæi cognomine errare. Hic socium habuit M. Junium Silanum antequam Silanus tempus sibi præscriptum exigeret; & eo exacto, Ostorium Scapulam. Cum M. Junio Silano tulit legem Juniam Vellæam;

cum

cum Ostorio Scapula, qui, ut constat ex Fastis Capitolinis, eodem anno suffectus fuit, Senatusconsultum, cujus meminit Ulpianus, *l.* 1. *in princ. de adsig. libertis*, & post eum Justinianus, *§. nec interest* 3. *Inst. de adsignandis libertis:* qui loci emendandi sunt ita ut hujus Senatusconsulti latores fuisse dicantur C. Vellæus Tutor, & Ostorius Scapula; ut docui de hoc SCto. agens *Disputatione XXV.* Ex prædictis Inscriptionibus ænearum tabularum apparet etiam, Legem Juniam scribi debere Vellæam cum diphtongo primæ & secundæ vocalis. atque ita prima addita vocali legendum est, *l. Gallus* 29. *§. & quid si tantum* 5. *§. quid si* 6. *§. si ejus* 7. *de lib. & post. l. posterorum* 3. *de injusto rupto*, *l. si hereditas* 10. *§. qui filium* 1. *de test. tut. §. postumorum* 2. *Inst. de exher. liber.* Malui referre hanc legem ad id tempus, quàm ad annum X. æræ Christianæ, in quo fuere Consules P. Cornelius Dolabella, & C. Junius Silanus; aut ad annum XIX. qui Consules habuit M. Junium Silanum & L. Norbanum Balbum: nam Senatusconsultum Vellæanum, quod eosdem habuit auctores, ac nostra lex, latum fuit post D. Augusti, & Claudii Edicta, quorum meminit Ulpianus *l. & primo* 2. *in princ. ad S. C. Vellej.* ut colligitur *ex §. postea* 1. *ejusd. legis*; & Senatusconsultum *de adsignandis libertis* latum fuit, Claudii temporibus, ut docent idem Ulpianus, *l.* 1. *in princ. de adsig. libert.* & Justinianus, *§. nec interest* 3. *Inst. de adsignat. libertor.* & certe in ejusdem anni postrema parte, in qua Consul fuit Ostorius Scapula, ut referunt Fasti Capitolini, & adhuc erat Consul C. Vellæus Tutor, ut patet ex memoratis inscriptionibus apud Gruterum, quarum altera refert gesta pridie nonas Decembres, altera ipsis nonis.

IX. Nunc visum est mihi pauca addere de successione legitima. De hac ita statuit Lex XII. Tabular. *Ac si intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto*, Ulpianus *tit. de legitimis heredibus* 26. *§. in testatorum* 1. *l. pronunciatio* 195. *§. familiæ* 1. *de verb. sign.* juncto Paulo *in l. si quis* 9. *§. si filium* 2. *vers. sed si de lib. & post.* Auctor *Collationis Legum Mosaicarum, cap. ult.* Hac lege supposita veteres illi Jurisprudentiæ auctores existimarunt, se inhumane acturos, si a successione legitima eum excluderent, qui suus agnatusque proximus futurus sperabatur: ausique non sunt prætextu incerti personæ successionem ei denegare: lex enim dispofuit secundum eventum, qui omnino certus futurus erat: ac proinde Jurisconsulti verbis legis addicti ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura reservarent, *l. antiqui* 3. *si pars her. petat.* Ejusdem igitur conditionis postumum effecerunt, ac ab hostibus captum: nam sicut hujus jura in suspenso sunt, & in casum reditus reservantur, *l. bona* 22. *§. apparet* 1. *& §. quod si* 2. *de capt. & de postl.* ita postumi jura suspenduntur, donec editus sit, *dicta l. antiqui* 3. Et sicut testamentum, in quo filius captus ab hostibus præteritus est, non statim infirmatur, *l. dum apud hostes* 31. *de lib. & post.* contra quam evenit in filio, qui apud nos est, *l. si filius* 7.

ejusd. tit. sic sustinetur testamentum in quo præteritus est, qui suus nascitus est: & donec nascatur, nescitur, quænam ratio ineunda sit in partibus faciendis, *l. utrum* 7. *de reb. dub.* Hæc omnia statim post XII. latas admissa fuerunt in successione legitima; sed in testamentaria paulo post facultas illa heredes instituendi interpretatione Prudentum coangustata fuit, ut ex Q. Mucio Pomponius docuit, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* ut supremæ voluntatis incertum evitaretur.

X. Via complanata ad consilii Galli interpretationem aggrediamur eam methodo, quam nos Scævola docet: ipsumque ducem secuti, legem etiam Juniam Vellæam explicemus. Quod attinet ad Galli Aquillii consilium sic habendum. Cum ex Jurisconsultorum disputatione publica utilitate exigente tantum receptum esset ut postumi sui instituí possent; eveniebat sæpissime, ut qui tempore testamenti alienus erat, suus tamen nasceretur, atque ita rumperet testamentum. Sed C. Aquillius Gallus, æquissimus una & sollertissimus cautionum artifex, huic incommodo subvenit inducens posse etiam eos postumos, nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui heredes nascentur, heredes institui sine fraude ejus juris, quo placebat postumos alienos heredes institui non posse. quam in rem concepit hanc formulam: *Filius meus heres esto. si filius meus vivo me morietur; tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur natus, natave erit, heres esto, nostra l. Gallus* 29. *de lib. & post.* Fortasse huic consilio excogitando ansam dedit Q. Mucius Galli Aquillii præceptor, *l.* 2. §. *post hos* 41. & §. *Mucii* 42. *de orig. jur.* qui similiter tutorem dari posse ajebat ex jure suo tempore jam recepto, ut colligi potest ex *l. quò tutela* 73. §. *nemo* 1. *de div. reg. jur.* Adde jus instituendi, & jus tutelæ dandæ conjuncta fuisse in Legibus XII. Tabular. propterea quod unum ab altero inseparabile esset, *l. sæpe* 53. *l. verbis* 120. *de verb. sign.* quia tutelæ datio ab institutione dependebat, & utrumque jus a patria potestate, *l. impuberi* 40. *de admin. & peric. tutor.* Singula verba Aquillianæ formulæ explicemus.

XI. *Filius meus heres esto.* Galli Aquillii formulæ hæc verba addidi, monentibus Scævola *in* §. *in omnibus* 10. *nostræ legis*, & Gajo in *l. inter cetera* 30. *de liber. & post.* Neque enim institutio facta intelligitur per illa verba: *si filius me vivo morietur*, *argum. l. si quis* 82. & *l. Lucius Titius* 85. *de her. inst.* Nam in illis legibus non censetur legitimus institutus; sed solum positus in conditione, ita ut testator eo solum casu voluerit valere institutionem, quo legitimus jure suo non utatur, id est, (ut diserte explicat Scævola in dicta *l. si quis* 82.) vindicare nolit hereditatem. Scævola autem in Galli Aquillii formula institutionem filii non expressit; quia solum tractavit de ostendenda ea formulæ parte, qua nepos neptisve institui possent.

XII. *Si*

XII. *Si filius meus vivo me morietur; tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis.* Meminit Gallus Aquillius nepotis, & neptis, in institutione; in conditione vero institutionis, tantum filii, & non filiæ; quia solum filius, qui liberos habet in potestate, impedimento esse potest liberis suis; quoniam sui heredes jus obtineant; liberi autem filiorum nullo modo id jus habere possunt.

XIII. *Tunc si quis mihi.* Vides postumi institutionem in id tempus conferri, quo suus erit, videlicet post mortem testatoris: idque in decem mensibus proximis, quibus filius moreretur, ne adultera proles patrimonium occupet alienum, convenienter Legi XII. Tabular. cujus meminit Ulpianus, *l. intestato* 3. *§. ubique* 9. *& §. post decem* 11. *de suis & legit. hered.* juncta *Novel. XXXIX. cap.* 2. cujus decemestris temporis etiam meminerunt Sacræ Litteræ: nam Sapientiæ *cap. VII. vers.* 2. sic legimus. *Decem mensium tempore coagulatus sum in sanguine.* Mensis autem tempus triginta dies sunt, *l. lecta* 40. *de reb. cred.* Quanquam ubi lex duorum mensium fecit mentionem, & qui sexagesimo & primo die venerit, audiendus est: ita enim & Imperator Antoninus cum Divo Patre suo rescripsit, *l. ubi lex* 101. *de div. reg. jur.* quod, licet fortasse audenter, etiam dicerem in tribus mensibus, ob mensium scilicet inæqualitatem: quanquam si dies sexaginta, aut nonaginta præfinirentur, non idem dicerem, *l. quod si* 31. *§. si quid* 22. *de ædil. edict.*

XIV. Quærunt hic interpretes, an institutio ex Galli Aquillii consilio ita sustineatur ab illa particula, *tunc*, ut absque ea nullius momenti sit? Ego non ita necessariam puto, ut ea omissa, inutilis sit institutio, maxime cum sint aliæ particulæ per quas aptissime conferri possit institutio in tempus, quo postumus erit suus, ut si diceres: *Si filius meus vivo me morietur, exin, jam inde, statim post ejus mortem*, & similiter, *qui mihi ex eo nepos nascetur &c.* quibus verbis, ut vides, concipitur institutio in ipsum momentum, quo postumus incipit suus esse, & non confertur in tempus mortis filii, in quo hic adhuc est suus, & impedit quominus sit nepos: ac proinde quominus ut suus eo tempore instituatur: quæ dubitandi ratio opponi posset ex Aquilliana formula instituto, nisi particulæ, *tunc*, significatio amplietur; & subtiliter dicamus, institutionem conferri in tempus, quo filius morietur; collatam vero intelligi in momentum sequens, quo mortuus sit. Sed & nullam particulam necessariam esse docere videtur Julianus in *l. cum in testamento* 37. *de her. inst.* Sufficit enim institutum conferre in casum filii mortis, vivente testatore, ut in eadem lege observari potest. Porro in quacumque formula, qua instituatur postumus, id debet caveri, ne simpliciter instituatur, ne institutus censeatur ut alienus retrotracta institutione in id tempus quo nepos præceditur a filio: ideoque Gallus Aquillius usus est particula, *tunc*, quæ temporis extremitatem significat, *l. si is* 4. *§. si ita* 1. *de cond. & dem.* sufficitque postumum eo tempore institutum esse, quo si præ-

Digitized by Google

teritus esset, testamentum infirmaretur. Exemplum habemus in *l. placet 4. & l. ideoque 5. de lib. & post.* ubi proponitur heres institutus, qui nondum conceptus est: ideoque, qui pro nato haberi non potest. Ex quibus textibus explicari debet Celsus in *l. omnia 193. de div. reg. jur.* hanc regulam proponens. *Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. Fere*, inquit Celsus, ut intelligamus aliquam esse exceptionem. Simili modo Florentinus in *l. heres 54. de adq. vel omit. her.* ait: *Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte testatoris successisse defuncto intelligitur. Quandoque*, inquit, non *semper*, neque *quandocumque*, ut aliqui legere voluerunt. Itaque continuatio illa dominii, quæ in aliis fit a tempore mortis, in postumo ejusmodi fiet a tempore conceptionis. Quamquam si hæc supponatur fuisse post testatoris nomen, postumus erit alienus, & Aquillianâ formulâ institui nequibit. Loqui igitur debemus de suo, qui utpote conceptus vivente testatore, ab ejus morte successisse intelligitur, *dicta l. heres 54. de adq. her.* Quod minime impedit particula, *tunc*, quæ cum incertum tempus denotet, quatenus scilicet incertum est, an tale tempus eventurum sit in quo testatoris filius eo vivo moriatur, conditionem facit, *l. dies 75. de cond. & dem.* ideoque demi non debet, uti demitur certum tempus, quod, quia necessario venturum est, frustra expectatur, *l. hereditas 34. de her. inst.* Conditionem esse casualem nihil impedit, dummodo quo tempore postumus nascitur, adimpleta sit, *l. cum postumus 22. de lib. & post.* nam, si pendeat, rumpetur, *l. postuma 24. eod. tit.*

XV. Quærunt etiam interpretes, an ex formula Galli Aquillii nepos sit institutus, an vero substitutus? Scævola in principio nostræ legis, & Africanus in *l. si mater 33. §. si filius 1. de vulg. & pupil. subst.* institutum appellant: idque ratio suadet: nam cum substitutus sit secundo, vel ulteriori gradu institutus, *l. 1. l. potest 36. l. ex facto 43. §. Lucius Titius 2. de vulg. & pupil. subst.* & postumus eo solum casu vocetur, quo in vita avi pater ejus decessit; qui fieri potest, ut substitutus sit, ubi nullus est gradus, id est, nullus successionis, seu delationis ordo? Sed quid est quod Julianus ait *in l. cum in testamento 37. de her. inst.* cum in testamento ita scribitur, *si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus, heres esto*, duos gradus heredum esse? Julianus ibi considerat evenire posse, ut & filius testatore vivo moriatur, & non moriatur. Si moritur, nepos erit primo gradu institutus: si non moritur, filius. Ergo duo gradus sunt, vel, ut potius dicam, esse possunt, ita ut alter alterum excludat; nullo enim casu uterque, & filius scilicet & nepos, ad hereditatem admittitur; licet alteruter eorum admitti possit. Ex quo oportet, si nepoti Titius substitutus fuerit, & filius patri heres extiterit, non posse, Titium una cum filio heredem esse: quia non in primum, quo filius heres institutus patri heres extiterit; sed in secundum gradum substituitur, in eum scilicet in quo

filio

filio mortuo vivo testatore, heres sit nepos, & postea moriatur, *dicta l. cum in testamento* 37. *de her. inst.* Quid? si aliquis dixerit, ordinem delationis non esse necessarium ad substitutionem? quod videri potest ex eo quod pater substituere potest filio in casum singularem, *si heres non erit*: quæ conditio impleri non potest, nisi filius vivo testatore decedat: alioqui suus heres erit, *l. in suis* 11. *de lib. & post.* Negabo eum Jure Civili substitutum: sed erit Jure Prætorio, si vivat filius, & se abstineat ab hereditate, *l. necessariis* 57. *de adquir. vel omit. her.* Supervacuum est monere, hereditatem non constitui in causa caduci, etiamsi filius vivo patre decedat. nam præfertur postumus scriptus heres, qui est unus ex legitimis heredibus, quibus Lex Papia suum imponere jugum erubuit, ut ait Justinianus, *l.* 1. *in princ. Cod. de cad. toll.*

XVI. Videri alicui potest, supervacaneum esse Galli Aquillii consilium eo fine datum, ne postumus rumpat testamentum, *§. quid si* 6. *§. si ejus* 7. *& §. nunc* 11. *hujus nostræ l.* cum, si pater vivo testatore decedat, destituatur testamentum, *§. cum autem* 7. *Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* ideoque rumpi non possit. Facilis erit responsio, si dicamus, Aquillium Gallum, acutissimum hominem, in universum postumorum institutionem induxisse, non solum cum ex asse filius instituitur, ut luctuosa desertio evitaretur; sed etiam cum filius, qui est in potestate, dumtaxat sit institutus ex aliqua parte; extraneus ex altera: & ad hanc ultimam speciem referendum est verbum, *rumpit*, docente Scævola *§. in omnibus* 10. *nostræ l.* Ideo autem admonuit Scævola, ut filius, qui est in potestate, dumtaxat ex aliqua parte sit heres institutus; quia, si sit ex asse, deseritur, ut diximus, testamentum; si præteritus, nullum est, *l.* 1. *de injusto rupto*, *l. si filius* 7. *de liber. & post.* Si exheredatus sit, & postumus, institutus, frustra exheredabitur post mortem suam, *dicto §. in omnibus* 10. *hujus* legis, & *l. si ita* 13. *§. testamentum* 2. *de liber. & post.* Præterire non possum recte Gallum Aquillium cavisse instituendum postumum, non vero exheredandum: nam etsi filio dati sint coheredes; non poterit nepos exheredari sub illa conditione, *si filius meus vivo me morietur*, cum non a toto gradu excludatur; sed post filii instituti mortem; adeoque aliquo casu præteritus sit, *l. & si* 3. *§. filius* 2. *de liber. & post.*

XVII. Ex huc usque disputatis colligitur, Aquillium Gallum consuluisse tantum postumo suo, excogitando formulam, qua qui suus in præsentia non erat, cum esset talis, & non antea, institutus esset. Igitur nullo modo recessit a jure antiquo, quo non licebat instituere alienum postumum. Sed quoniam video magnos etiam viros hic titubare motos aliquibus Juris testimoniis, quæ postumos etiam alienos institui antea potuisse docere videntur; operæ pretium duco hujusmodi testimoniorum verum sensum eruere.

XVIII. Incipiamus ab Imperatore Justiniano, qui §. 28. *Inst. de legat.* ait: *Postumus autem alienus heres institui & antea poterat, & nunc potest.*

Digitized by Google

Verum antea poterat Jure Prætorio, quia Prætor ei dabat bonorum possessionem secundum tabulas, *princ. Inst. de bon. poss. l. postumus 6. de inof. test*: nunc etiam Jure Civili; & Prætorio remedio non indigeat: idque Justinianus statuit Constitutione Græca *de incertis personis*, quæ licet non extet in *Cod. repetitæ prælectionis*; ejus tamen meminit Imperator *princ. Inst. de bon. poss.* Quamquam non desunt qui dicant, postumum alienum heredem institui antea potuisse ex *Legibus XII. Tabular.* quibus indulta fuit latissima testandi potestas, quæ postea a Jurisprudentibus coangustata fuit: sed qui hoc ajunt, probare prius debent ab initio legem Decemviralem non adeo anguste intellectam fuisse respectu alienorum postumorum. Non ita, ut Justinianus intellectus est, explicari debet Paulus in *l. Titius 25. §. Lucius Titius 1. de lib. & post.* ubi Lucius Titius, qui habebat neptem ex filia prægnantem, scripsit id quod in utero haberet ex parte heredem eo tempore quo neptis jam enixa erat, & ait Paulus secutus aliorum sententiam, *institutionem jure factam videri*: quæ verba indicant, Jure Civili jure factam, non Prætorio solum ex bono & æquo. Et merito, aliorum enim Paulique responsum ea nititur ratione, quod plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione *§. si quis 11. Inst. de legat.* cum ibi natus jam esset, quem adhuc in utero gestari putabat qui testamentum faciebat: & propterea jus in illo casu institutionem nullo modo vetabat.

XIX. Secundo opponitur contextus *l. quidam 5. §. ult. l. vel ex parte 6. & l. utrum 7. de reb. dub.* Ait Gajus *Libro I. Fideicommissorum*: Si tibi & postumo suo, vel alieno, hereditatem restituere quis rogaverit: subjicit Mæcianus *Libro III. Fideicommissorum*: *vel ex parte te, & ex parte postumum heredem* instituisset, legatumve similiter, vel fideicommissum *dedisset*: quærit Gajus *Libro I. Fideicommissorum*: num unico contextu, vel diverso ab antea proposito, nescimus: *utrum ita postumus partem faciat, si natus sit; an & si natus non sit?* Et commodius dici putat, si quidem natus non est, minime eum partem facere; sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto: sin autem natus fuerit, utrosque (te scilicet, & postumum) recipere quantum utique relictum est: ut uno nato pars tibi dimidia debeatur; duobus natis, tertia tibi debeatur: tribus natis, quia trigemini quoque nascuntur, quarta debeatur. Cum igitur in his legibus, & de suo, & de alieno postumo agatur; & non solum fideicommissum, sed etiam legatum, & hereditas relicta proponantur; consequens videtur alienum postumum, sicut suum Jurisconsultorum tempore institui potuisse. Sed quis non videt leges istas diversorum Jurisconsultorum esse, ac proinde necesse non esse, ut quod in una dicitur de postumo suo, vel alieno, cui hereditas restitui jussa est, repetatur in altera, in qua simpliciter proponitur postumus heres institutus, legatumve similiter, vel fideicommissum ei datum? Plane diversa juris fragmenta diversum disputationis subjectum habere potuerunt, & revera habuerunt. Novus autem contextus earum legum totus est a Triboniani

Digitized by Google

niani manu, qui Justinianeo Juri eum accommodare voluit. Præterea, si quis mentem intenderit; facile animadvertet, non ibi quæri an postumus, & quinam postumus testamenti factionem habeat? Sed an, & quando partem faciat. Sed dices: Quomodo partem faciet, si testamenti factionem non habeat? Habebit quidem; sed si debita species proponatur. Postumus suus, vel alienus habebunt eam, si agatur de hereditate ei restituenda, quam speciem proposuit Gajus *dicta l. quidam* 5. *§. ult.* Notum autem est, fideicommissariam hereditatem iis relinqui solere, quibus directa hereditas, aut legatum relinqui non poterat, *§. sciendum* 1. *Inst. de fideic. hered.* Postumus suus, non vero alienus, habebit testamenti factionem, si de hereditate directa, aut legato tractetur; & de his egit Mæcianus, *dicta l. vel ex parte 6. de reb. dub.* Et ad superiores casus suo modo aptari debet *l. utrum* 7. *ejusd. tit.*

XX. Tertio opponuntur *lex ejus servum* 64. *de her. inst.* & *§. servus* 2. *Inst. de her. inst.* ubi Javolenus, & Justinianus docent, ejus servum, qui in utero est, heredem institui posse, ita ut quam servus habet testamenti factionem, accipiat a domino suo, *l. non minus* 31. *de her. inst.* igitur & postumus poterit institui. An dicemus, non esse novum, ut per alium quis obtineat, quod ex sua persona non possit, *l. nihil* 12. *§. filius* 3. *de inoff. test. l. cum hereditate* 55. *de adq. her.?* Quare, licet postumus institui non possit; poterit tamen ejus servus; præsertim cum solum personæ incertum impedimento esse posset, quod cum non obstaret quominus civitas, municipium, & hereditas jacens jam olim possent per servum heredes institui, *l. ejus servum* 64. *de her. inst. §. servus* 2. *Inst. de her. inst.* neque obstare debet quominus postumus, qui quoties de ejus commodo agitur, pro nato habetur, media servi persona institui possit, cum ex sua persona capacitatem naturalem habeat, & eidem civilis accommodari possit, *argum. l. debitor.* 82. *§. servo* 2. *de legat.* 2. Sed licet hæc solutio speciosa videatur; mihi parum placet: nam, quæ ratio facit, ut hereditarii servi stipulatio ex persona defuncti vires sumat, *l. in eo* 33. *§. ult. de adq. rer. dom.* eadem efficere debet, ut postumi servus institutus capacitatem a defuncto habeat, cujus vicem sustinet hereditas, jacens, *l. non minus* 31. *§. hereditarium* 1. *l. legatum* 116. *§. servo* 3. *de legat.* 1. *l. hereditas* 34. & *l. hereditas* 61. *de adq. rer. dom. §. servus* 2. *Inst. de her. inst.* Præterea certior est persona heredis instituti, quàm postumi; & tamen, si hereditarius servus instituatur, non attenditur an cum herede instituto, sed an cum defuncto fuerit testamenti factio, *l. servus hereditarius* 52. *de her. inst.* Quamobrem, cum servus postumi instituitur, per impositam hereditatem, quæ civilis persona est defuncti locum obtinens, capacitatem accipit, & quasi personatur, ut ita dicam. atque hoc utilius est testatori, ex cujus persona, si hereditarii servi institutio æstimetur, nunquam corruet, & ad heredes futuros pertinebit, si postumus non nascatur. Sed quid immoramur? Hæc fuit mens Justi-

Justiniani in *dicto §. servus autem 2. Inst. de her. inst.* Nam, cum dicat servum etiam alienum post domini mortem recte heredem institui, quia & cum hereditariis servis est testamenti factio; hujus sententiæ reddit rationem hanc. *Nondum enim adita hereditas, personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti*: & hoc confirmat argumento servi illius qui in utero est, qui servus recte heres instituitur. Atque hoc modo disputat a majori ad minus, ut sit sensus: adeo hereditarius servus institui potest, sustineturque institutio ex defuncti, non ex heredis persona, ut & servus ejus, qui in utero est, recte instituatur, quamvis cum postumo testamenti factio non sit: quorum omnium ratio hæc est: quia non a defuncti herede, sed a defuncto ipso capacitatem servus mutuatur, *l. servus 52. de her. inst.* ubi Paulus docet, servum hereditarium heredem institui posse, si modo testamenti factio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit.

XXI. Quarto in speciem opponitur *lex penult. de legat.* 1. ubi Paulus dixit, a fratris postumo (qui alienus postumus est) fideicommissum dari posse: nam agitur ibi, ut videmus, de fideicommisso, in quo sola voluntas servatur: Gallique sententia, quam ibi memorat Paulus ajens, *obtinuisse Galli sententiam, alienos quoque postumos nobis heredes fieri*, non est hæc, de qua agimus, quæque ad suos postumos pertinet; sed longe diversa spectans ad legitimos heredes, quos nobis heredes fieri non dubitamus.

XXII. Postremo nihil nos turbare debet *lex in tempus 62. de her. inst.* quæ, ut arguunt illa verba, *in tempus capiendæ hereditatis*, non est referenda ad eos, qui non habent testamenti factionem; sed ad eos, qui non habent testamenti capionem, ut cœlibes, & orbi, aliique similes, ex Lege Julia, & Papia. Itaque recte heredes institui possunt: & si cœlibes, & orbi desinunt esse tales, solidum illi, hi dimidium, quod antea prohibebantur, capere possunt. Atque vis illius conditionis, *in tempus capiendæ hereditatis*, hæc est, ut si impleatur, effectum habeat institutio; si non impleatur, illo careat. Hinc explicandæ sunt, *lex initio 55. §. si co 1. de legat. 2. & lex si vir 61. de cond. & dem.* Aliud jus est in deportato herede instituto in tempus, quo Civis Romanus erit. inutilis enim est hæc institutio; nam qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt; sed hereditas in ea causa est in qua esset, si scripti non fuissent, *l. qui deportantur 1. Cod. de her. inst.* ubi notandum est, Imperatorem Antoninum docere primum, deportatos tanquam peregrinos capere non posse, ubi peregrinos intelligere debemus extorres, qui & ἀπόλιδες ab Ulpiano dicuntur, *l. 1. §. hi quibus 2. de legat. 3.* hoc est, homines sine civitate; ideoque Antoninus subjunxit, *hereditatem in ea causa esse, in qua esset, si deportati scripti non fuissent*; nimirum quia Cives Romani non sunt. Jam vero si scripti non fuissent heredes, testamenti capio convalescere non potest: hæc enim dependet a jure, quod quis habet ut institui possit; hoc jus habere solum potest Civis Romanus, *l. sed si conditioni 6. §. solemus 2.*

de

de her. inst. Si institutio igitur nulla est ab initio, capio utilis esse non potest. Immo nec Principis restitutioni locus esse potest, quæ jus præcedens supponit, *l. sed si* 10. *§. sed si 6. de in jus voc.* Paulus, *Lib. IV. Sententiar. tit.* 8. *de intest. succ. §. ab hostibus* 24. Unde explicandum est, quod de medio tempore dicitur, *l. sed si 6. §. solemus* 2. *de her. inst.*

XXIII. Huc usque Aquillius Gallus. Sequitur Cervidii Scævolæ interpretatio, & explicatio, qua Jurisconsultus acutissimus docet quid de verbis formulæ Aquillianæ omitti possit; quid prætermissum suppleri, & produci. Et quatuor quidem vult animadverti. Primum scilicet, Gallum voluisse nepotes institui sub conditione. Secundum, de nepotibus tantum cavisse Gallum; tertium, eundem concepisse conditionem in casum mortis filii. Postremo de filio nihil attigisse, ut institutio valeret.

XXIV. Ad primum quod attinet, Gallus ita suam formulam concepit, ut in ea nepotem institutum videamus sub conditione, *Si filius testatoris, hoc vivo morietur.* Verum ait Scævola, *quosdam* (Jurisconsultos) *recte admittendum credere, etiam si non exprimat* (testator) *de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit, l. Gallus* 29. *§. quidam* 1. *de liber. & post.* Simile, & elegans habemus exemplum in *l. Titius* 25. *§. Lucius Titius* 1. *de lib. & post.* Casus autem qui concipi potest, est ille, in quo postumus natus, suus heres est; est enim hic singularis casus sub simplici institutione contentus; quæ licet Jure Civili non valeret, si alienus nasceretur, qua ratione intelligi debet, *princ. Inst. de bon. poss.* valebat, si suus. Atque intelligo Ulpianum, *tit.* 22. *qui heredes institui possunt, §.* 19. ubi sic ait. *Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, siquidem post mortem nostram nascantur ex Jure Civili; si vero viventibus nobis, ex lege Julia*, ubi pro *Julia*, legi debet *Junia*: nam de lege Junia Vellæa loquitur Ulpianus, ut etiam in *l. postumi* 3. *§. postumos* 1. *de inj. rupt. Jure*, inquit, *Civili*, id est, interpretatione Prudentum; sed & Jure etiam Prætorio valebat institutio etiamsi alienus nasceretur: dabat enim ei Prætor bonorum possessionem secundum tabulas, *dicto princ. Inst. de bonor. possess.*

XXV. Cum igitur Galli formula eò tendat, ut postumus instituatur tanquam suus, religiose standum non est ejus formulæ, si idem consequi possumus aliis verbis, quæ sollertia excogitantis eandem sententiam contineant, prout est hæc formula: *Si filius suus heres esse desierit; tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam nascatur, heres esto*: quæ, ut certum est, etiamsi nusquam filii mortem exprimat, minime recedit a Galli sententia. Neque enim filius potest suus heres patri esse desinere; neque postumus ex filio nepos avo agnasci, nisi & is intra decem menses a filii morte numerandos nascatur; & ille vivo patre decedat, eamve capitis deminutionem patiatur, quæ morti comparatur, aquæ scilicet & ignis interdictionem, aut deportationem, aut damnationem in opus metalli; aut denique patria potestate solva-

ſolvatur per emancipationem, quæ quoad effectum non obſtandi nepoti, quominus jura ſui heredis nanciſcatur, idem operatur, ac mors. Licet enim filius emancipatione non privetur hereditate; deſinit tamen ſuus heres eſſe, cum fiat extraneus: & propterea conditionem hanc, *Si ſuus heres eſſe deſinat*, ad omnes caſus pertinere ait Scævola, *§. ſequenti parte* 13. *noſtræ legis.* Atque idem dicendum eſt, ſi poſtumus ſic inſtituatur, *Si filius meus heres non erit*, præterquam quod hæc formula caſus emancipationis non comprehenditur: quia etſi emancipatus erit heres, poterit etiam ſic inſtitui: *Si ex filio nepos poſt mortem meam ſuus heres mihi naſcatur*; vel generaliter, *Quidquid mihi liberorum natum erit poſt mortem meam*: vel denique: *Quicumque natus fuerit ſuus, heres eſto.* Quæ omnes formulæ traditæ ſunt a Scævola, *§. quid ſi* 6. *noſtræ legis*, & in omnibus illis nequit nepos avo naſci ſuus, niſi eo vivo, mortuo patre intra decem menſes ab ejuſmodi numerandos in lucem edatur. Si enim filius vivit, huic agnaſcitur, non avo. Conſulto omiſi verba illa, *ſive quæ neptis*, perſpicuitatis tantum gratia a Gallo adjecta, cum aliàs verbum hoc, *ſi quis*, tam maſculos, quàm feminas complectatur, *l.* 1. *de verb. ſign.* Omiſi etiam in præcedentibus formulis particulam, *tunc*, quæ poſt receptum Galli conſilium ineſſe creditur inſtitutioni ex teſtatoris voluntate. Aliter enim quorſum tenderet tam diligens inſtitutio, niſi ut in id tempus conferatur, quo valeat, id eſt, quo poſtumus heres inſtitutus ſuus ſit? Equidem Julianus omiſit eam, *l. cum in teſtamento* 37. *de her. inſt.* quamvis ſi apponatur, nihil noceat: immo proſit, *argum. l. hujuſmodi* 64. & *l. cum ſtipulamur* 126. *de verb. obl.* Verum redeo ad Scævolæ interpretationem. Si non expreſſa morte quis poteſt inſtitui per aliam formulam æquivalentem; cur non etiam poſſit ſimpliciter inſtitui per formulam, quæ mortis caſum licet non expreſſe, tacite tamen comprehendat? ita ſcilicet (quod ſemper intelligendum eſt) ut nepotis inſtitutio eo caſu valeat, *qui ex verbis concipi poſſit.* Quare etiam hanc formulam non dubito probare: *filius heres eſto; ſi nepos ex eo poſt mortem meam naſcatur, heres eſto.* item hanc: *filius heres eſto: nepotem ei ſubſtituo*: licet enim per has formulas non inſtituatur nepos ut ſuus; tamen invenitur inſtitutus, ſi ſuus naſcatur. Et male quis ita a ſimili argumentabitur. Si domino res propria legetur, non intelligitur legata eo tempore quo ei legari poſſit, *l. cetera* 41. *§. tractari* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *de reg. Caton. §. ſed ſi* 10. *Inſtit. de legat.* Item ſervo proprio relictum non intelligitur eo tempore relictum, quo alienatus, aut manumiſſus erit, *l. quæſitum* 91. *§. duobus* 2. *de legat.* 1. ergo poſtumus, qui ut ſuus inſtitui poteſt, ſimpliciter inſtitui nequit. nam dominus, & ſervus exiſtunt: ac proinde ſtatim in his locum habere poteſt regula Catoniana: poſtumus autem non intelligitur exiſtere donec naſcatur; ac propterea, ſi cum naſcitur, eſt alienus, non valet inſtitutio jure civili; etſi hujus rigorem mitiget Prætor dando ei bonorum poſſeſſionem: ſi vero naſcatur ut ſuus, valet jure civili; quia

Digitized by Google

quia qui poſtumum dicit, intelligit eum qui naſcetur, concipitque tacite inſtitutionem in tempus quo naſcetur; quo tempore ſi ſuus erit, jam contulit inſtitutionem, in perſonam jure civili habilem.

XXVI. Huc uſque dicta in ea opinione me confirmant ut ſimpliciter poſſit quis inſtituere nepotem poſtumum. Inſtitutio enim hujuſmodi generaliter concepta comprehendit omnes caſus particulares, eum ſcilicet, quo futurus eſt ſuus, & quo non eſt futurus. Valeat igitur in caſu quo valere poſſit; non valeat in eo quo non poſſit, diſertus textus in *l. commodiſſime* 10. *de lib. & poſt.* Non eſt ſimiliter dicendum, cum omnino incapax ut deportatus inſtituitur; tunc enim inſtitutio abſolute inutilis eſt, *l.* 1. *Cod. de her. inſt.*

XXVII. Progreditur Scævola, & ait *in* §. 2. *Idem credendum eſſe Gallum exiſtimaſſe & de pronepote, ut dicat teſtator; Si me vivo nepos decedat; tunc qui ex eo pronepos, aut proneptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus nepos meus morietur, natus, nata erit, heredes ſunto.* In quo caſu fingendum eſt, Scævolam loqui de proavo teſtatore, qui filio mortuo, ex nepote ſuperſtite conceptum nondum tamen editum pronepotem, proneptemve ex formula Aquilliana inſtituere velit, ſine metu rupturæ teſtamenti. Atque hæc ita quidem obtinent, ſi ſuperiori modo fingamus ſpeciem; *ſed & ſi vivo filio, jam mortuo nepote,* (ita legendum eſt, non *pronepote*, ut manifeſte colligitur ex §. *& quid ſi tantùm* 5. *hujus legis.*) *cujus uxor prægnans eſſet, teſtamentum faceret, poteſt dicere* (teſtator); *Si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos, ſive proneptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus nepos meus morietur natus, nata erit, heredes ſunto*, ut docet idem Scævola, §. *ſed & ſi vivo* 3. *noſtræ l.* & merito: nam & pronepotes hoc caſu non minus agnatione jura ſui heredis nanciſcentur, moriente avo, quàm ab hominibus erepto filio, in ſuperiori. His igitur duobus caſibus de quibus Scævola egit, patrem vel avum teſtamenti tempore deceſſiſſe, ſupponendum eſt: & hinc *in* §. 4. *noſtræ legis* quærit: *Num ſi & filius, & nepos vivat, concipere utriſque mortuis, vivo ſe, tunc qui pronepos naſceretur*, poterit? *quod ſimiliter admittendum eſt: ita ſanè, ſi prius nepos, deinde filius decederet, ne ſucceſſione teſtamentum rumperetur*, §. *ſequenti parte* 13. *noſtræ l. & l. poſtumorum* 13. *de inj. rupto*: ne, inquit, teſtamentum rumperetur jure civili; nam jure prætorio ſuſtinetur, *l. poſtumus* 12. *de inj. rupto.*

XXVIII. Obſcurior eſt *ſequens* §. cujus verba ſic interpretor: *Et quid ſi tantùm in mortis filii caſum conciperet?* verba ſunt quærentis, Quid ſi Gallus tantùm ſuam formulam conceperit in mortis filii caſum, non in alios ſimiles? quæritur, inquam, an Galli formula exempli cauſa poſita ſit, ita ut ejus diſputatio latius pateat; an vero ita arcte intelligenda ſit, ut in caſibus ſimilibus, vel potius paribus ſimiliter etiam pariterque alia formula concipi nequeat? Caſus autem hi ſunt. *Quid enim, ſi aquæ & ignis inter-*

dictione peteretur? (sive interdictionem pateretur, quod idem est) *quid si nepos, ex quo* (natus) *pronepos institueretur, ut ostendimus*, (*§. scilicet sed & si 3.*) *emancipatus esset*? quibus casibus etiam si vivat filius testatoris, cum vel per aquæ & ignis interdictionem, vel per emancipationem exeat a patria potestate, nepos avo agnascitur heres, *l. postumorum 13. de inj. rupt.* Galli sententiam late interpretatur Scævola, sic disputans. *Hi enim casus, & omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Vellæam. Sed ex sententia legis Vellææ, & hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis, ceteri casus admittendi sint.* Vides nos referre Scævolæ quæstionem ad Galli Aquillii consilium; non ad mentem testatoris, de qua si ageret, unus casus expressus non extenderetur ad omissum, ut diserte docet Pomponius in simili specie, *l. commodissime 10. de liber. & post.* Et profecto absurdum esset, Scævolam agentem de Galli formula interpretanda, ad testatoris mentis interpretationem deviare; & prius quærere de ista producenda, quàm an liceat id per Galli consilium. Atque ita efflagitat contextus omnis præcedens. in primo enim articulo dubitavit, an quia Gallus conceperit formulam expressa morte filii, ea etiam extendi possit ad casum, quo non exprimitur; sed ex verbis concipi possit? In articulis sequentibus dubitavit, an possit ex Galli mente pronepos institui, quamvis ille solius nepotis conceperit institutionem; manu itaque ducimur ut dicamus, dubitare Scævolam §. 5. an idem quod in casu mortis induxerit Gallus, induci etiam possit in casu aquæ & ignis interdictionis, & emancipationis contingentium post mortem testatoris? & in §. *quid si* 6. amplius dubitat de casu omisso *in §. & quid si tantum* 5. nimirum an casus captivitatis comprehensus fuerit. Præterea in §. *sequenti parte* 13. ait Scævola omnes casus supplendos esse ex Galli sententia; & addit, se jam id dixisse. ubi autem dixit, nisi §. *& quid si tantum* 5.? cum asserit ad similitudinem mortis ceteros casus admittendos esse? Supposito igitur quærere Scævolam, liceatne extra mortis filii casum nepotis postumi concipere institutionem ex Galli sententia, repetamus, expendamusque ejus verba. *Hi enim casus, & omnes ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Vellæam*, licet hæc lex generaliter loquatur de casu quo aliquis ex suis heredibus suus heres esse desierit. Hæc enim lex solum pertinet ad eos casus, in quibus quis suus heres fit vivo testatore; Scævola autem loquitur de omnibus casibus ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur: qui casus proprii sunt consilii Galli: nam si ejus formula prodest casui mortis; cur alia par formula non proderit casibus aquæ & ignis interdictionis, & deportationis filii, aut cujuscumque alterius, qui suus heres sit, & suus heres esse desinat: atque ita post testatoris mortem alius ei heres agnascatur? Audiamus iterum disputantem Scævolam: *Sed ex sententia legis Velleæ, & hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint*? Scævolæ sententia

tentia hæc eſt. Lex Vellæa pertinens ad eos, qui vivis nobis ſui fiunt heredes, lata fuit ad ſimilitudinem conſilii Galli, *§. nunc de lege Vellæa* 11. *noſtræ legis*: cum igitur hæc lex omnes hos caſus comprehenderit, proculdubio ejus lator ſenſit & Gallum eos comprehendiſſe. Habemus igitur legem interpretem conſilii Aquilliani. adeoque ad ſimilitudinem mortis ceteri caſus admittendi ſunt; non quidem ex voluntate teſtatoris, quæ ex uno ſpeciali caſu non producitur ad alium ſimilem, utpote diverſum; ſed ex ſententia Galli, quæ pro jure obſervatur, quarum interpretationum diverſiſſima longe ratio eſt. Cum agitur de voluntate teſtatorum, non aliter a ſignificatione verborum recedi oportet, quàm cum manifeſtum eſt, aliud ſenſiſſe teſtatorem, *l. non aliter* 69. *de legat.* 3. *ut in l. ſi mater* 3. *Cod. de inſt. l. quidam* 4. *Cod. de poſt. her. inſt.* Teſtator enim non conſtituit æquitatem; ſed per verba declarat voluntatem ſuam, ſive quod vult, æquum ſit, ſive iniquum; ita tamen ut æquum valeat; iniquum, quia contra legem, non valeat. Verum lex omnis conſtituitur æquitatis ſanciendæ cauſa, non in unum, aut alterum caſum: neque in unam, aut alteram perſonam; ſed in omnes, *l. jura* 3. *cum trib. ſeqq. l. jura* 8. *de legib.* adeoque ubicumque legis ratio eſt, ibi lex locum obtinet, *l. illud* 32. *ad leg. Aquil.* Hinc fit, ut lege bene intellecta, ejus ſententia ad pares caſus producatur, *l. non poſſunt* 12. *de legib.* Atque hoc eſt quod fecit Scævola, Galli conſilium interpretans. De teſtatore autem non loquitur Scævola, niſi quatenus Aquilliano conſilio ſeſe accommodat: ſive quatenus Juris theoriam praxi accommodat.

XXIX. Fortaſſe aliquis ſcire cupiet, cur cum Scævola loquatur de emancipatione, ponit exemplum in nepote; & loquens de aliis caſibus, ponit in filio? Facilis reſponſio eſt, ſi dicamus, Scævolam ita locutum, non quaſi aliud eſſet in filio emancipato; ſed quia cum jam antea docuiſſet Galli formulam de filio & nepote conceptam pertinere ad nepotes, & pronepotes, voluit hic oſtendere ad eoſdem etiam pertinere reliquos caſus.

XXX. Poſteaquam Scævola egit de filii morte, aquæ & ignis interdictione, & emancipatione, ſeparatim diſputat de filii captivitate, & conqueritur Gallum Aquillium, vetereſque Juriſconſultos, non induxiſſe formulam aliquam, quæ captivitatis caſus comprehenderet. Primum Scævolæ verba proponamus; deinde ea diſtinguemus; ac poſtremo explicabimus. *Quid, ſi qui filium apud hoſtes habebat, teſtaretur? Quare non induxere* (veteres ſcilicet Juriſconſulti) *ut ſi anteaquam filius ab hoſtibus redirET* (ita lego ut ET geminari debere intelligatur) *quamvis poſt mortem patris decederet; tunc deinde nepos* (vel etiam adhuc illis vivis) (parentheſin, quam addidi, notari cupio). *poſt mortem ſcilicet avi naſceretur, non rumperet? nam hic caſus ad legem Vellæam non pertinet. Melius ergo eſt, ut in ejuſmodi utilitate, præſertim poſt legem Vellæam, quæ & multos caſus rumpendi abſtulit, interpretatio admittatur, ut inſtituens nepotem, qui ſibi poſt mortem ſuus naſcere-*

 tur,

tur, recte instituisse videatur, quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset. rumperetque præsertim. atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem: aut, quicumque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur. Hujus obscurissimi loci sententiam hanc esse puto. Testator habebat filium qui apud hostes erat, quique in Civitate reliquerat uxorem prægnantem: captivus ille redire potest in Civitatem, & non redire: & filii testatoris uxor potest parere post mortem avi antequam testatoris filius ab hostibus redeat; aut antequam testatoris filius apud hostes post testatoris mortem decedat: vel etiam adhuc illis vivis, patre scilicet captivo, & avo testatore: qui casus ad legem Vellejam pertinet; de qua lege nondum disputat Scævola; sed tamen distinctionis causa hujus casus obiter meminit, ut captivitatis omnes casus comprehendat, tam eos in quibus Galli consilium debet habere locum, quàm eos, qui ad legem pertinent Vellæam. Quamobrem Scævola tres casus finxit, atque distinxit: qui ipsius Scævolæ verbis sic ordinandi sunt. Primus hoc modo: *Quare non induxere* (Jurisconsulti scilicet,) *ut si anteaquam filius ab hostibus rediret, nepos post mortem avi nasceretur, non rumperet?* Secundus sic. *Quare non induxere, ut quamvis filius apud hostes post mortem patris decederet, tunc deinde nepos post mortem scilicet avi sui nasceretur, non rumperet? nam hic casus ad legem Vellæam non pertinet.* Tertius sic. *Quare non induxere, ut quamvis filius apud hostes decederet, tunc deinde nepos adhuc illis vivis, patre scilicet, & avo, nasceretur, non rumperet?* qui casus ad legem Vellæam pertinet, quæ lex lata fuit, ut defectum Disputationis Jurisconsultorum suppleret.

XXXI. His præmissis cum utile sit rupturæ testamenti occurrere; ait Scævola, *melius esse, ut in ejusmodi utilitate, præsertim post legem Vellæam, quæ & multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, rectè instituisse videatur, quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque præteritus.* Ait, *quibuscumque casibus*, casus autem sunt supra memorati. Primus, si antequam filius ab hostibus redeat, nepos post mortem avi nascatur: in quem casum nepos sic institui potest. *Filius meus heres esto, si filius meus ab hostibus captus non redierit, nepos, aut neptis, ex eo mihi natus, natave, heredes sunto.* ubi filius instituitur, quia, licet dum apud hostes est, recte potest præteriri, *l. dum apud hostes 31. de lib. & post.* cum tamen fieri possit, ut redeat, & præteritus rumpat testamentum, *l. commodissime 10. de lib. & post.* ideo institui debet. Redire vero potest, aut vivo testatore, qui casus proculdubio pertinet ad legem Vellæam, *§. videndum 14. hujus nostræ legis*; aut testatore mortuo; quo casu, cum eo tempore, quo testator moritur, ejus filius apud hostes adhuc detineatur, suus heres non est; nepos vero testatori suus heres nascitur, ac proinde cum institutus sit, testamentum non rumpit, *dicta l. commodissime 10. de lib. & post.* Ejus autem pater rediens postea, adquirit omnia bona filii sui, *l. non ut a patre 8. l. in bello*

bello 12. *§. medio tempore* 3. *l. cum duæ* 14. *§. non ut pater* 1. *l. si quis* 23. *de capt. & postl. rev. §. si ab hostibus* 5. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.* Atque hoc effectu inspecto dubitari potest, an hic casus ad Galli consilium, an autem ad legem Vellæam referendus sit: recteque faciet testator, qui tot eventus considerans, nepotem instituat simpliciter in eum casum quo filius suus heres non fuerit, *dicta l. commodissime* 10. *de lib. & post.*

XXXII. Secundus casus est, si testatoris filius ab hostibus captus post patris mortem decederet, qui casus hac formula concipi potest. *Filius meus qui est apud hostes, heres esto: si filius meus apud eos morietur; si quis mihi ex eo nepos, aut neptis, natus, natave erit, heredes sunto.* quo casu si filius post testatoris mortem decedat; nepos invenitur suus heres, & institutus. Cum vero pater ejus, idemque filius testatoris, decedere possit apud hostes vivo testatore, aut eo mortuo; & nepos etiam nasci, vivis patre, & avo suo; aut illis mortuis; si nascatur vivis illis, ac prius decedat filius captivus quam testator, locum obtinebit formula Vellæana; quia mortuus apud hostes nunc decessisse videtur, cum captus est, *l. in omnibus* 18. *de capt. & de postl.* ac proinde nepos avo viventi jam erit suus, si eo vivo nascatur. Si vero filius testatoris post ejus mortem decedat, & nepos etiam post ejus mortem nascatur, *opinione hominum suspensum erit jus nepotis*, tum quia hic jus nullum habere potest, donec nascatur, in quod tempus omnia ei jura reservantur, *l. antiqui* 3. *si pars her. pet.* tum quia licet nascatur, suus heres dici non potest, nisi patre suo de medio sublato per captivi mortem evenientem post mortem testatoris, qui casus ad legem Vellæam non pertinet: non pertinet, inquam, veritate attenta; sed si fingamus, captivum decessisse ante captivitatem, & nepotem pro nato habitum ex quo conceptus est, *l. qui in utero* 7. *&* 26. *de statu hom.* locum habebit lex Vellæa, *§. videndum* 14. *nostræ legis*, *l. postumorum* 13. *de inj. rupt.* atque ita me expedio ab hac Scævolæ subtilissima disputatione.

XXXIII. *In §. si ejus* 7. dubitat Scævola an ad Galli consilium, aut ad legem Vellæam sequentes casus pertineant. *Si ejus, qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibique vivo* (avo testatore, & ejus filio) *pariat*; *mox ille* (apud hostes natus) *post mortem patris, atque avi redeat: utrum hic casus ad legem Vellæam respiciat; an ad jus antiquum* (lege scilicet Vellæa antiquius, quodque Galli tempore vigebat) *aptandus sit*: *possitque* (apud hostes natus) *vel ex jure antiquo* (per Aquillianam formulam) *vel ex Vellæa institutus, non rumpere*: *quod quærendum est* (ecce alium casum præcedenti similem gradu solum distinctum) *si jam mortuo filio* (testatoris) *pronepotem instituat* (testator) *redeatque mortuo* testatore, & ante hunc decesserit nepos, cujus uxor, testatoris pronurus prægnans ab hostibus capta sit: idem enim est hic casus posterior, ac prior, nisi quod in priori disputatio est de his personis, filio, nuru testatoris, ac nepote; & in posteriori de his, nepote, pronuru testatoris, & pronepote.

Hoc

Hoc dubio propofito, fic concludit Scævola. *Sed cum teftamentum ab eo* (qui apud hoftes natus, & inftitutus eft) *non rumpitur, nihil refert, utrum ex jure antiquo, an ex lege Vellæa excludatur,* a rumpendo fcilicet teftamento, nepos in priore cafu, pronepos in pofteriore: nifi malis legere *inftituatur*, quod contextus mihi videtur exigere.

XXXIV. Huc ufque Scævola. Nos ulterius progrediamur; & videamus, legine Vellææ, an Galli confilio fuperiores cafus aptandi fint. Scævola loquitur de teftatoris nuru prægnante (idem dicendum eft de pronuru) ab hoftibus capta; non vero de teftatoris nuru, quæ ex marito fuo ab hoftibus etiam capto, apud eos prægnans facta eft; inter quos cafus notabilis eft differentia: nam qui apud hoftes conceptus, & natus eft, jus habet poftliminii ratione parentum, cumque fieri poffit, ut & natus apud hoftes, aut veniat ad nos cum fuis parentibus, aut cum matre fola, aut cum patre folo, quod idem eft; fi veniat cum parentibus fuis, poftliminii jus, ac proinde etiam filii jura habebit, *l. apud hoftes* 9. *de capt. & de poftl.* & quidem parentes fingentur retro fuperfuiffe in civitate, *l. retro* 16. *de capt. & de poftl.* Natus vero apud hoftes, non ante fingitur natus, quàm natus fit; ac proinde fi naftur patre fuo jam mortuo, vivo avo, ex lege Junia Vellæa inftitui debet: fi avo mortuo, ex Galli confilio. fi vero conceptus, & natus apud hoftes, cum matre fola veniat; poftliminii jus habet: non vero jus filii, cum pro fpurio habeatur, *l. Divi Severus & Antoninus* 25. *de capt. & de poftl.* Nam cum non redeat pater; non habet pater jus poftliminii: adeoque fingi non poteft femper in civitate fuiffe: quod nifi fingatur, filius patrem viventem, Civemque Romanum non habebit; cum pater quem re vera habuit, deceffiffe exiftimetur, cum captus eft, *l. in omnibus* 18. *de capt. & de poft.* ac propterea hic cafus, neque ad legem Vellæam, neque ad Galli confilium pertinet. Sed cum Scævola loquatur de nuru prægnante ab hoftibus capta, ac proinde de nuru, quæ apud nos concepit, & apud hoftes vivo teftatore peperit, fictione poftliminii attenta, natus apud nos intelligitur, ex quo natus apud hoftes eft, ac proprerea ex lege Vellæa inftitui debet; licet cautius facturum puto teftatorem, qui cum nefciat an nepos nafciturus fit, vivo fe, an mortuo, eum generaliter inftituat, aut in utrumque cafum, *l. commodiffime* 10. *de lib. & poft.*

XXXV. *In §. forfitan* 8. ait Scævola. *Forfitan addubitet quis, an iftis cafibus* (in quibus fcilicet nepos inftitutus fit, collata fcilicet inftitutione in tempus, quo fuus erit avo) *fi nepos poft teftamentum nafcatur vivo patre fuo,* (& propterea nafcatur alienus præteritufque, inftitutus enim fuit ut fuus) *deinde ex eo* (nepote teftatoris) *concipiatur,* (alius fcilicet qui pronepos erit teftatoris) *ifque vivo patre* (concipiatur fcilicet, & adhibe interpunctionem: patrem autem intellige, non pronepotis, fed nepotis, quem patrem antea nominaverat: alioqui Scævola infulfiffime diceret, pronepotem patre fuo vivente conceptum fuiffe) *deinde avo nafcatur* (avo fcilicet nepotis)

nepotis) quæritur, *an* (pronepos hic) *non potuerit heres institui, quia pater ipsius* (pronepotis) *non rectè institutus esset*, (utpote non in omnem casum institutus, & præteritus in eum, qui contigit.) *quod minimè est expavescendum: hic enim* (pronepos) *suus heres nascitur, & post mortem nascitur.*

XXXVI. Sequuntur hæc obscurissima verba §. *ergo* 9. *Ergo & si pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur.* Ego tamen non video cur mihi non liceat, ea sic interpretari, ut sensus sit verbis aptissimus. Docuit Scævola, pronepotem admitti. animadvertere debemus, eum locutum esse de pronepote, post testamentum nato, vivo tamen testatoris filio. Ex quibus concludit natum ex pronepote post factum testamentum vivo filio, perinde adaptari, atque si ex filio testatoris natus esset: quasi diceret, aptari hunc casum ad legem Vellæam, quæ pertinet ad vivis nobis natos. Verba igitur Scævolæ hoc ego modo interpungo, & explico. *Ergo &, si pronepos admittetur* (ut admitti debere docuimus) *qui natus erit ex nepote postea* (adhibe hic interpunctionem, & intellige post factum testamentum) *vivo filio* (testatoris) *atque si ex eo* (filio testatoris) *natus esset, adaptatur* (ad legem scilicet Vellæam) *adaptatur*, inquam, non ut legitur, *adoptatur*, pessimo sensu. Supra §. *si ejus* 7. *nostræ legis* dubitavit Scævola, *utrum hic casus ad legem Vellæam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit.* In *l. epistolam* 75. §. *ult. ad S.C. Trebel.* dixit, fideicommissum *aptandum.* nunc eodem sensu, verbo tamen composito, *adaptatur*: sic enim lego, non, *adoptatur*, nullo sensu; quod si aliquis aliter sentiat, doceri malo, quam docere.

XXXVII. In §. *in omnibus* 10. *hujus legis* hoc monet Scævola. *In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius dumtaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus*: ne scilicet eo præterito nullum sit testamentum: nam, ut ait Gajus, *l. inter cetera* 30. *de lib. & post. Inter cetera quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale jus est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis, ne præteritis istis rumpatur testamentum: namque filio, qui in potestate est præterito, inutile est testamentum.* Consonat Ulpianus *tit.* 22. *qui heredes institui possunt*, §. *ex suis* 16. §. *postumus* 2. *Inst. de exher. liber.* Diserte loquuntur Gajus, & Ulpianus de filio, qui est in potestate; & Scævola monet, se dumtaxat de eo loqui: quod addit *non esse necessario* (servandum) *in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat: & in nepote certe & pronepote, quorum si liberi heredes* (qui scilicet postea sui heredes fiunt, parentibus suis præmortuis) *instituantur, institutionem nunquam exigemus: quia possunt præteriri*, nullo scilicet metu inutilitatis testamenti; licet ii præteriti, ac superstites, scriptis heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem; extraneis in partem dimidiam, Ulpianus *tit.* 22. *qui heredes institui possunt*, §. *reliquæ* 17. *princ. Inst. de exher. liber.* Ait etiam Scævola, *filium qui est in potestate, ex aliqua parte heredem institui debere*: *nam frustra exheredabitur post mortem suam.*

Digitized by Google

Adde *l. si ita* 13. §. *testamentum* 1. *de lib. & post.* id est, quia si non instituatur, sed exheredetur, cum nepotis institutio conferatur in mortem filii; exheredatio etiam in idem tempus conferretur: ac proinde frustra fieret, utpote in non existentem.

XXXVIII. *Nunc de lege* (Junia) *Vellæa videamus. Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum*, §. *nunc* 11. *nostræ legis*, sive nascantur post factum testamentum vivo testatore, quod est primum legis Vellææ caput pertinens ad filios, ut constat ex illo legis fragmento relato in §. *& videtur* 12. *nostræ legis*: *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit &c.* sive jam ante testamentum nati fuerint, & præteriti quasi agnatione rupturi sint testamentum, ad quos pertinet secundum legis Vellææ caput, quæ *voluit, vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. Similiter*, inquit, id est, quemadmodum Gallus Aquillius prius voluerat, post mortem patris natos non rumpere testamentum, dummodo instituti sint in casum quo nascentur. Ergo re bene considerata lex Vellæa nihil aliud est quàm legitima quædam extensio formulæ Aquillianæ.

XXXIX. Quod attinet ad primum caput, lata lege Vellæa, licuit jam testatori sic institutionem facere: *Si me vivo filius suus, aut nepos nascatur, heres esto.* Sed quare hoc non supplebatur ex Galli formula, ut cetera, quæ suppleri antea diximus §. 1. 2. & 5. *nostræ legis*? Nimirum suppleri potuit Prudentum disputatione: verum hæc necessitati solum occurrit, illi videlicet casui, quo postumus nasceretur: quo nasceretur, inquam, nepos, aut pronepos post testatoris mortem, quo casu testamentum jam non poterat emendari; sed si illo vivo nascerentur; rumpebant quidem testamentum, ut docet Paulus, *Libro III. Sententiar. tit. de inst. heredum*, §. *talis* 9. ubi formulam addit instituendi postumos. Sed cum sæpe eveniret, ut testatore diutius vivente, nascerentur ei nepotes, ac rumperent testamentum; aut testatorum filiis obeuntibus, quasi agnascerentur nepotes, idemque evenire in pronepotibus; placuit legem Vellæam condere, quæ consilium Aquillianum ampliaret, & in vivo testatore natis etiam locum haberet. Quid enim si testator nesciret sibi natos nepotes, aut quasi agnatos? Quid si, etiam si sciret, testamentum facere differret, aut ægritudine detentus illud facere non posset? Conveniens igitur visum fuit, ita testamentum condere, ut omnes casus comprehenderentur *l. commodissime* 10. *de lib. & post.* §. *quid si* 6. *nostræ legis.*

XL. Nunc ad §. *& videtur* 12. accedamus, quem, quia multa continet, & parum emendate legitur, restituere conabor. Ait Scævola. *Et videtur primum caput eos spectare, qui, cum nascerentur, sui heredes futuri essent.* ratio est, quia cum lex Vellæa voluisset, vivis nobis natos similiter institutos, ac Gallus Aquillius excogitaverat, non rumpere testamentum, ut *præcedenti* §. didicimus; sicuti Galli consilium profuit ut evitaret, suos here-

des

des nascendo post mortem testatoris rumpere testamentum; ita lex Vellæa primo capite voluisse videtur, ut qui nascerentur sui vivo testatore non rumperent testamentum, si instituti essent ex formula Vellæana. Hoc est, *si nepos filio mortuo, & vivo me nascetur*, *l. commodissime* 10. *de lib. & post. l. posthumorum* 12. *de inj. rupto.*

XLI. Supposito igitur, videri primum legis Vellææ caput eos spectare, qui cum nascerentur sui heredes futuri essent, quærit Scævola quid dicendum sit de illis, qui cum nascuntur non rumpunt præteriti, quia præcessi sunt a patre vivente, rumpunt tamen postea, quia patre, vivo testatore mortuo in ejus locum succedunt, ut ipse docet, *§. videndum* 14. Hanc quæstionem Scævola hoc modo proponit, atque resolvit. *Et rogo, si filium habeas, & nepotem nondum natum tantùm* (hoc est, tantum nondum natum, sive jam conceptum, & mox nasciturum, hispane, *que no le falta sino nacer*) *ex eo heredem instituas* (formula scilicet Vellæana, *Si vivo me suus heres futurus erit*) *filius decedat, mox vivo te* (testatore) *nepos nascatur?* Huc usque quæstio. Videamus nunc quid Scævola respondeat. *Ex verbis* (legis scilicet Vellææ) *dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit* (lex Vellæa) *si nepos qui* (lego, *quidem*) *eo tempore instituatur, quo filius non sit* (ac proinde nascens nepos, suus nascatur): *verùm & si vivo patre* (eodemque filio testatoris) *nascatur. quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit observari id tempus, quo nascitur?* quasi Scævola dicat: cum lex Vellæa tractet de vitanda ruptura; quid nos cogit ut intelligamus eam solum voluisse comprehendere casum in quo si nepos nascatur, suus erit & præteritus rumpet; & non etiam casum in quo præteritus quasi agnascendo rumpat? Acutæ interrogationi rationem subjungit Scævola ex ipsis legis verbis petitam, verba cum verbis comparando. Videamus quàm subtiliter, ut solet, disputet Scævola. neque ex unico contextu duos faciamus, uti fecit is, qui prius hanc legem in paragraphos divisit, cum in Pandectis Florentinis a Lælio Taurello editis nulla hic sit divisio. Ait Scævola argumentum occupans: *nam etsi ita verba sunt*: *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit, & cetera*: *etiam si vivente parente* (sui heredis futuri) *vivo* (testatore scilicet) *nascantur, sequenti parte* (sive capite, legis Vellææ) *succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum.* quod perinde est ac si Scævola dixerit. Si primum legis Vellææ caput pertinet ad eos, qui nascuntur sui; secundum, ad eos qui postea quasi agnascendo sui fiunt. Prosequitur Scævola. *Et ita interpretandum est, ut si & filium, & nepotem, & pronepotem habeas, mortuis utique* (nepote scilicet, & filio) *pronepos institutus succedens, in sui heredis locum, non rumpat.* Adde *§. postumum* 2. *Inst. de exher. lib. & §. si quis* 34. *Cod. de inof. test.* Atque hoc confirmat Scævola ipsis legis Vellææ verbis. *Et bene* (inquit) *verba se habent, Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, ad omnes*

casus pertinentia, quos supplendos Galli Aquillii sententia diximus: videlicet non solum ad casum mortis, §. *quidam* 1. *nostræ legis*; sed etiam aquæ & ignis interdictionis, §. *& quid si tantum* 5. & Legis Corneliæ, ac postliminii, §. *quid si* 6. §. *si ejus* 7. sed & ad casum pronepotis instituti, §. *idem* 2. §. *sed & si* 3. *Nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat; sed & si supervixit patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.*

XLII. Maneat itaque legem Vellæam voluisse, ut nepotes nati, qui vivente avo sui fierent per successionem præmortuo filio rumperent, sicut rumperent alii postumi, qui præteriti inveniuntur. Crediderim motam esse legem eadem ratione, quæ vigebat in postumis, nimirum quia sui fierent, & cum ante patris mortem sui non essent, oblivione omissi credebantur. Quamobrem in hoc erant etiam melioris conditionis, quàm filiæ, & ceteri nepotes, quorum pater ante testamentum decesserat; licet enim rupturam testamenti confirmaret lex Vellæa; tamen cum ejus scopus esset ut metu rupturæ instituerentur nepotes jam nati, futuri sui per successionem, hac instituendi necessitate considerata, ait Scævola in §. 13. *nostræ legis, succedentes in locum liberorum non velle legem rumpere testamentum.* & Ulpianus in *l. sed si conditioni* 6. §. *nepotes* 1. *de her. inst.* ait, nepotes & deinceps ceteros, ex lege Vellæa institutos non rumpere testamentum. Adde *l. moribus* 2. *in princ. de vulg. & pupil. subst.* & in §. *quid si* 6. *nostræ legis* docet Scævola, legem Vellæam multos rumpendi casus abstulisse. Atque in §. *ille casus* 15. vetare rumpi, etenim rumpendi casus aufert, & vetat, quatenus necessitatem instituendi, vel exheredandi imponit, ruptura confirmata, nisi instituantur, aut exheredentur, qui sui futuri sint. Eodemque sensu ait Ulpianus, *l. si hereditas* 10. §. *qui filium* 2. *de test. tut.* lege Vellæa confirmari testamentum & tutelam. Ex his apparet ratio & necessitas constituendæ legis Vellææ. nam cum hæc lex vellet providere, ut nullo casu rumperetur testamentum per agnationem, aut successionem liberorum, necessarium fuit adigere testatores ad eos instituendos, aut exheredandos rupturæ testamenti metu. Ut igitur avus, qui nepotes jam natos, quos filii in potestate constituti præcedunt, secure testetur, eos aut pure instituere, aut nominatim exheredare oportet. Quid ergo si sub conditione eos instituat? Non distinguam in nepotibus, & pronepotibus, quemadmodum in filiis, qui sub conditione, quæ ab eorum arbitrio pendeat, possunt institui: sub casuali vero ita demum, si vel sub contraria exheredentur, vel antequam nascantur, impleta fuerit conditio, *l. suus quoque* 4. *l. si ejusmodi* 5. *de her. inst.* In filiis enim suis heredibus ita procedit: nepotes autem & deinceps ceteri, qui ex lege Vellæa instituti non rumpunt testamentum, sub omni conditione institui possunt, (tam casuali scilicet, quàm arbitraria) etsi redigantur ad filii conditionem, *l. sed si* 6. §. *nepotes* 1. *de her. inst.* id est, etsi efficiantur sui, & filii. Aut enim casualis

conditio jam extitit, aut non. Si extitit, inveniuntur instituti: si non extitit, præteriti; ac proinde rumpunt, quia ex lege Vellæa non sunt instituti in eum eventum. Neque ad hoc necessarium est, ut hic nepos instituatur ut suus; sed satis est eo tempore quo suus sit, institutum esse. Itaque, si nepos jam natus simpliciter institueretur, ut fine poterat, ut quilibet alius Civis Romanus, institutio valeret, etiamsi postea nepos ille suus efficeretur: sic si qui heres institutus est, a testatore adrogetur, potest dici ei satisfactum, quia & antequam adoptetur, institutio, ut in extraneo locum habebit, ut docuit Scævola noster, *l. si qui* 18. *de inj. rupt.* & in adoptato instituto comprobavit Papinianus, *l. filio* 23. *§. si Titius* 1. *de lib. & post.* Aliud evenit in exheredatione; nam cum exheredatio sit hereditatis ademtio, *argum. l. si quis* 9. *§. si filium* 2. *de lib. & post.* inepta esset in persona extranei, *l. quidam* 132. *de verb. oblig.*

XLIII. Cognita ratione legis Vellææ ferendæ, manifeste apparet errare eos qui putant, legem Vellæam in secundo capite cavisse, nepotem a patre præcessum eo solum casu institui posse, quo suus futurus esset, eo nempe effectu ne succedendo rumperet testamentum: atque aliter institutum, utpote alienum pro præterito habitum & succedendo rumpere testamentum. Ego vero, licet multum referre videam an quis ut suus, an vero ut extraneus exheredetur; cum agitur de institutione, nullum discrimen reperio. Fortasse fefellit viros doctissimos quod viderint, Gallum in sua formula, & Vellæum in 1. *cap.* legis suæ, proposuisse postumi sui, & quasi postumi sui institutionem; idemque existimarunt factum fuisse in 2. *cap.* Sed, ut jam dictum est, Galli consilium, & Vellæi propositum in primo legis suæ capite fuit consulere testamento, & postumis, aut quasi postumis, ostendendo rationem, qua postumus, aut qua natus post factum testamentum, illud non rumperet. In secundo vero capite nihil aliud voluit Lex Vellæa, quàm ut ruptura confirmata, metus ejus cogeret testatores instituere nepotes ante testamentum natos suos futuros. Fefellit etiam illos Scævola in *l. si quis* 18. *de injusto rupto*, inquiens: *Antequam quis adoptetur, institutionem, ut in extraneo, locum habere*: quasi jurisconsultus existimaverit differentiam esse debere inter extraneum, & nepotem in modo instituendi; cum manifestum sit, Scævolam alludere ad discrimen, quod versatur inter exheredationem, & institutionem. Illa non habet locum nisi in suo, *l. quidam* 132. *de verb. oblig.* hæc etiam in extraneo. Postremo fefellit eos male intellectus Ulpianus, *in princ. & vers. sed si ex harum*, *l.* 2. *de vulg. & pup. subst.* unde colligi videtur, simpliciter instituto ante adoptionem extraneo posse dari postea substitutum, cum nepotibus a patre præcessis non aliter dari possit, nisi instituantur secundum præscriptam formulam a lege Vellæa. Sed quis non videt Ulpianum solum dicere, nepotem a patre præcessum oportere institui, aut exheredari formula Vellæana? Neque enim aliis nisi liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, substi-

substitutus pupillaris dari potest, *princ. Inst. de pup. subst.* extraneum vero institui (non exheredari, privatio enim supponit habitum, ut Dialectici loqui amant) & præterea adoptari debere antequam substitutum accipiat?

XLIV. Enarratio §. 14. facilior est. Ait Scævola: *Videndum, num hac posteriore parte* (sive capite legis Juniæ Vellææ sic aientis:) *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus, & cetera, in locum suorum sui heredes succedunto; possit interpretatione induci, ut si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te* (testatore) *filius decedat, sed etiam post mortem,* (tuam) *antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet.* His verbis duo casus proponuntur. Primus est, in quo filius testatoris ab hostibus captus, eo vivo decedat apud hostes: quo casu certum est, nepotem ex Lege Junia Vellæa institutum non rumpere testamentum. Alter casus est, si filius ab hostibus captus apud eos decedat post testatoris mortem, & improprie addit Scævola ex dubitantium persona, *antequam ab hostibus reversus fuerit*: nam & postea recte ait Jurisconsultus, *qui post mortem decedit* (apud hostes) *nec redit, nec potest redire*: ac proinde improprie dicitur, *antequam ab hostibus reversus fuerit.* Hoc itaque casu quæritur, an possit interpretatione induci, ut nepos succedens in locum patris sui apud hostes mortui, succedendo non rumpat testamentum. Tacite respondet Scævola non rumpere: idque confirmatur ratione ab aliis allata; & alia firmiori ab ipso Scævola subtilius excogitata. Negabant alii rupturam hac ratione moti, *nihil enim addidit* (lex scilicet Vellæa) *quo significaret tempus*, successionis scilicet in locum sui heredis. Sensus est, lex simpliciter voluit liberos succedere, in locum sui heredis, a quo solum præcessi sunt, ac proinde nepotem in locum sui patris, sui heredis. Neque lex distinxit, quo tempore suus heres debeat desinere esse talem, utrum avo adhuc vivo, an eo mortuo. Ergo quocumque tempore successerit nepos, testamentum non rumpit, si institutus sit. Verum Scævola acutè rejicere videtur hanc rationem. Et jure. nam licet lex expresse non distinxerit tempus, quo filius debeat suus heres esse desinere; ex ipsa tamen lege intelligitur: quia filius non desinit suus heres esse nisi vivo patre, *§. sui autem 2. de hered. qual. & diff.* Nam si moriente patre suus heres sit, statim existit heres ipso jure, *l. in suis 14. de suis & legitimis hered. §. sui 3. Inst. de her. quæ ab intest. deffer.* Qui enim semel heres extitit, nunquam esse desinit, *l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus 10. de minor. l. ei qui 88. de her. inst.* Ergo recte Scævola hanc subjecit rationem, novam, & elegantem: *nisi quòd* (*licet audenter*) *possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat: quia nec redit, nec potest redire.* ac proinde decedens apud hostes post mortem testatoris, decessisse videtur ante mortem, tunc scilicet cum captus est, *l. quod si 11. l. in omnibus 18. de capt. & de postl.*

XLV. Antequam §. 15. verba enarrare incipiam, speciem, & decisionem

nem proponam, ut hac veluti face accensa, clarior ejus sensus appareat, alioquin obscurus. Avus testamentum fecit, in quo prius filium, deinde nepotem nondum natum instituit: natus fuit nepos vivente avo, & nepotis patre, qui præmortuus est avo. Ad quod caput legis Vellææ hæc species referetur? Videtur non posse referri ad prius; quia pertinet ad eos, qui sui nascuntur vivo avo, & patre mortuo, §. *nunc de lege* 11. §. *& videtur* 12. *nostræ legis*. Hic autem nepos natus est vivente patre; ac propterea non fuit avo suus heres cum nasceretur. Videtur etiam non posse referri ad posterius, quia pertinet ad eos, qui testamenti tempore nati erant, & postea succedunt in locum suorum, §. *sequenti parte* 13. §. *videndum* 14. *nostræ legis*. Aliter hæ rationes dubitandi urgentur. Lex Junia Vellæa superiore capite permittit institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt; hic autem nepos, cum natus fuit, non est natus suus. Posteriore capite non permittit Lex Vellæa institui nascituros suos heredes; sed vetat rumpere, si instituti sint: hic autem nepos suus non natus est. Sed his minime obstantibus, pro testamento, ac nepote respondendum est. namque hic casus aliter consideratus, partim pertinet ad prius caput legis Vellææ, quia testamenti tempore hic nepos nondum erat natus: partim ad posterius, quia natus est avo vivente: ideoque Julianus, quasi commixtis duobus legis capitibus censuit per hujus nativitatem testamentum non rumpi; quia quod a singulis capitibus excluditur, iisdem simul concurrentibus continetur. Atque hæc ita admittenda sunt, non solum si commixtis capitibus institutio fiat, hoc nempe, aut simili modo: *Si nepos vivo me nascatur, & aut suus in lucem edatur, aut postea fiat successione*; neque enim tam religiosa institutio desideranda est; sed satis erit, si testator generaliter dixerit, *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, nepos qui suus heres erit mihi, heres esto*, ubi non exprimitur illud *vivo me nascatur*; aut: *vivo me suus successione fiat*: quorum alterutrum efficere poterat ne capita permiscerentur. Facit *lex commodissime* 10. *de lib. & post.* His præmissis audiamus disputantem Scævolam. *Ille casus in difficili est, si filium habeas, & nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat: non enim* (sequitur dubitandi ratio ex primo capite legis Vellææ) *suus heres est tempore, quo nascatur; nec posteriori* (capite legis: ecce aliam dubitandi rationem ex secundo capite) *alii succedendo prohiberi, videtur rumpere, quàm qui jam natus erit. Denique* (ecce aliam dubitandi rationem ex priore capite) *& superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui, cum nascentur, sui erunt, permitti* (legimus): *posteriore capite* (ecce aliam dubitandi rationem ex eo) *non permittit* (lex Vellæa) *institui; sed vetat rumpi: néve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porrò procedere debet, ut utiliter sit institutus* (*quod nullo jure potuit*) *qui nondum natus erat?* Hæc verba præcedentia cum interrogatione legi debere existimavit Taurellus: atque ita postulat contextus. *Nullo*, inquit, *jure*, id est, neque ex consilio Galli, neque,

neque, ex lege Vellæa; nam eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, siquidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Junia, Ulpianus, *tit. qui heredes institui possunt*, *§. eos 19. Si nati*, inquit, *sui heredes nobis futuri sunt*; hic autem nepos natus non est suus heres, utpote a patre præcessus, ac proinde neutro jure institui potest; bene vero Prætorio; & nunc etiam Justinianeo, *princ. Inst. de bon. poss.* Hactenus rationes dubitandi. Sequitur Scævolæ decisio ex Juliani sententia. *Juliano tamen videretur, duobus quasi capitibus* (Vellææ legis) *commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta.*

XLVI. Postremo hac Juliani sententia approbata, & usu fori recepta, ait Scævola. *Quæremus tamen, cum recepta est Juliani sententia, an si nascatur nepos, vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem? quod magis probandum est: nam emancipatione suus heres fieri non potuit*; per emancipationem enim exivit a patria potestate, *§. præterea 6. Inst. quib. mod. jus patriæ pot. solv.* ac proinde si post emancipationem ejus pater decedat, non potest nepos in patris locum succedere, & propterea nec suus esse: nam sui heredes sunt liberi in potestate parentis constituti, quos nemo gradu præcedit, *§. sui autem 2. Inst. de hered. qual. & differ.* Quod si ponamus nepotem hunc testatoris filio mortuo emancipatum fuisse ab avo; factus est quidem suus heres; per emancipationem autem desiit esse talis, quemadmodum servus manumissus aut alienatus, desinit esse necessarius, *§. servus 1. Inst. de her. inst.*

LICINIUS RUFINUS Libro secundo Regularum. in l. si ita 74. de heredibus instituendis.

Si ita quis heres institutus fuerit, Excepto fundo, excepto usufructu heres esto; perinde erit jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset. idque auctoritate Galli Aquillii factum est.

COMMENTARIUS.

I. Excipere idem est ac ex re aliquid capere, sumere, separare. Potest quis aliquid separare, sive excipere, in favorem ejus, cui favere velit; isque qui habet exceptam rem, cætera non habet. Quamobrem si testator in institutione excepit fundum, sive usumfructum, scire interest, in cujus favorem exceperit. Pendet hoc ex conceptione verborum. Nam si testator prius instituerit aliquem simpliciter; deinde fundum sive usumfructum exceperit; mens testatoris est, ut universa hereditas præter fundum, & usumfructum ad heredem pertineat. Si vero prius instituerit aliquem ex fundo, aut

Digitized by Google

aut usufructu; deinde alium ex reliqua hereditate, & nihil dixerit; mens testatoris est, ut fundus, vel ususfructus, ad eum pertineat in cujus favorem fundum, vel usumfructum excepit, & ne reliqua priore casu ex voluntate expressa pertineant ad eum, ad quem pertinere voluit; aut ex tacita, ad alium, præter eum in cujus favorem exceptum est. Tantum loquor nunc de voluntate testatoris: non de valore voluntatis ejus. Quamobrem excipere aliquando idem est, ac retinere, sive reservare; retinetque semper, reservatque is, cui exceptio dirigitur. Varro *de Re rustica*, *Lib. II. cap.* 2. *In emtionibus jure utimur eo, quod lex præscripsit. in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt.* id est sibi retinent, reservantque. Asconius Pædianus in *Divinitat. num.* 74. *Mænius, cum domum suam venderet Catoni & Flacco Censoribus, ut ibi basilica ædificaretur, exceperat jus sibi unius columnæ, super quam tectum projiceret provolantibus tabulatis, unde ipse & posteri ejus spectare munus gladiatorum possent,* id est, pacto sibi expresse retinuerat, & reservaverat. & ut nostrorum testimonio utar, si venditor fundi exceperit locum sepulcri ad hoc, ut ipse posterique ejusque illò inferrentur, & locum sepulcri, & adeundi jus sibi retinuisse, ac reservasse creditur, docente Ulpiano, *l. si venditor* 10. *de relig. & sumpt. funer.* & Pomponio, *l. utimur* 5. *de sepulc. viol.* Et si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, ait idem Ulpianus, mè mihi certum pretium excepisse, *l. si tibi* 13. *de præsc. verb.* id est, expressisse, ut mihi retineretur, & reservaretur. Ergo excipere in universum nihil aliud significat, quàm ex majori parte aliquid segregare. unde Cicero *Lib. I. de Divin. cap.* 39. *Excepi de antiquis præter Xenophontem neminem*: & ex eo quod plerumque fit, aliquid velle, ut non fiat, *l. in emptionibus* 43. *de pactis.*

II. Quapropter si quis ita heres institutus fuerit, *Excepto fundo, excepto usufructu, heres esto*, cum fundi & ususfructus exceptio dirigatur ad heredem, testatoris mens ea esse videtur, ut heres institutus heres sit ex illo *fundo, & ex illo usufructu*: quod perinde est, ac si dixeris, mentem testatoris eam esse, ut heres institutus, ex certa re instituatur, ac proinde particularis, non universalis successor sit: ac per consequens verbo tenus heres non revera: nam cum hereditatis appellatio universitatem quandam ac jus successionis, & non singulas res demonstret, *l. bonorum* 208. *de verb. sig.* argumento a conjugatis solus is est heres, qui universitatis, sive universi juris defuncti, successor sit. Quamobrem veteres Jurisconsulti existimarunt, institutum, *excepto fundo, excepto usufructu*, tanquam institutum ex rebus certis, non ex universo jure, pro non instituto habendum, ac proinde institutionem illam inutilem fuisse. Gallus vero Aquillius, vir ingenii acutissimi, longe aliter disputandum censuit duce juris ratione. Existimavit Gallus in proposita specie, & qualibet alia ei simili, duo esse consideranda, voluntatem testatoris, & modum quo ea declaratur. Vo-

luntas testatoris est, ut quis heres sit: modus hujus voluntatis, ut ex re certa tantum heres sit. Heredis igitur institutio est secundum legem: modus institutionis, contra legem. Heredis ergo institutio valida est: modus institutionis, inutilis: quicquid enim contra legem fit, ipso jure nullum est, *l. non dubium* 5. *Cod. de legib.* At quis est modus? ut scilicet heres institutus, heres sit, excepto fundo, excepto usufructu: tolle igitur hunc modum, tolle id, quod est inutile: maneat quod utile: nam utile per inutile non vitiatur, *cap. utile de reg. jur. in VI.* itaque perinde erit jure civili, sive interpretatione prudentum, atque si sine ea re (id est, sine mentione certæ rei) heres institutus esset: idque auctoritate Galli Aquilii factum est, ut nostra lege traditur. Et exinde in Regulam transiit, ex certa re institutum pro simpliciter instituto haberi: quam regulam Licinius Rufinus in *Libro II. Regularum* transtulit. Ulpianus eandem sic expressit *Libro I. ad Sabinum.* Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus valet institutio detracta fundi mentione, *l.* 1. *§. si ex fundo* 4. *de her. inst. Solus*, inquit; nam vel potest quis institui solus ex re certa; vel simul cum alio: & utroque casu, præter institutum, aut institutos ex re certa, alter, vel plures, institui possunt ex universo jure: aut nullus præterea heres addi potest: qui omnes casus, cum sint omnino diversi, diversum in singulis obtinet jus. De singulis singillatim agamus. Si quis ex re certa solus institutus sit; ac præterea nemo alius institutus sit; valet institutio detracta fundi mentione, *d. l.* 1. *§. ex fundo* 4. *de her. inst. nostra l. si ita* 74. *de her. inst.* Ratio est, quia nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo* 55. *de leg.* 1. Succedet igitur heres in universum defuncti jus. Sed demus succedere. Numquid postea ex certa re institutus cætera restituet heredibus ab intestato, tanquam eis ex fideicommisso relicta? Equidem hæc quæstio tempore Galli Aquillii supervacanea fuisset, cum eo tempore nondum valerent fideicommissa. Sed neque post Augusti tempus, quo valere cœperunt, *§. sciendum* 1. *Inst. de fideic.* debebat institutus ex certa re, quicquam restituere heredibus ab intestato, quia minime constaret eam fuisse defuncti voluntatem. Sed quid si quis priore testamento jure perfecto, posterius fecerit, & ex certis rebus in eo heredem instituerit? Equidem superius testamentum sublatum esse, Divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt, *§. si quis* 29. *ad S C. Treb. §. si quis* 3. *Inst. quib. mod. test. inf.* Rupto igitur priore testamento per posterius, nihil vi prioris debebitur: An ne vi posterioris? Distinguendum est. Aut voluit testator ut heredibus priore testamento scriptis aliquid præstetur: aut non. si voluit, præstabitur. si nihil dixit, nihil debebitur. Audiamus allegatum rescriptum Imperatorum Severi & Antonini, quod sic expressum est. *Imperatores Severus & Antoninus Augusti Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri heredem scriptum, ut contentus*

rebus

rebus sibi datis, *aut suppleta quarta ex lege Falcidia* (id est ex S.Cto. Pegasiano, aut secundum Placita Justiniani ex S.Cto. Trebelliano, *§. sed quia* 5. *§. si quis* 9. *Inst. de fideic. her.*) *hereditatem restituat his*, *qui in priore testamento scripti fuerant*, *propter inserta fideicommissi verba*, *quibus*, *ut valeret prius testamentum*, *expressum est*, *dubitari non oportet*, *dicta l. si quis* 29. *dicto §. si quis* 3. *Propter inserta*, *inquit*, *fideicommissi verba*, *quibus ut valeret prius testamentum*, *expressum est*: ergo si talia verba inserta non fuissent, fideicommissum non deberetur. Itaque superior clausula cum hoc efficere nequeat, ut primus testamentum in suo valore duret, & ita duo sint unius testamenta, sic accepta est, quasi vim prioris testamenti in causa fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit, *l. querebatur*, 19. *de test. mil.* Hæc cum ita sint, qui solus institutus est ex re certa, ex universa hereditate institutus creditur: neque quicquam alicui restituere debet. Elegantissime Papinianus. Qui certæ rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet, *l. coheredi* 41. *§. ult. de vulg. & pup. subst. l. quotiens* 13. *Cod. de her. inst.*

III. Quid vero dicemus, si quis institutus sit ex re certa coherede dato. Putaverim re illa certa, quantulacumque sit, debere esse contentum, tanquam legatarium; reliqua ad alium pertinere tanquam heredem. Ratio est, quia cum hoc casu sit juris universi successor; necesse non est, ut institutus e re certa, ex amplioti institutus censeatur. Sed quid dicemus, si duo pluresve ex certa, vel ex certis rebus instituantur? Hic item distinguemus, an coheres datus sit, nec ne? Si datus sit coheres, ipsi contenti erunt portione sibi relicta. Si non datus fuerit coheres, reliqua eis accrescent tanquam unicis heredibus. Scire tamen interest pro qua parte. quod ut definiamus plures casus distinguere debemus. Duo pluresve institui possunt (coherede non dato) ex una eademque re simpliciter: tuncque hereditas in tot partes dividitur, quot sunt heredes. Ratio est, quia si rei certæ mentionem detrahas, necesse est ut partium rei etiam mentio detrahatur. Quare etsi duo pluresve instituti sunt, ex eadem re certa partibus inæqualibus factis, idem dicendum erit. Tolle enim rei certæ mentionem, ac nullus locus supererit diversitati partium illius rei. Itaque si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi. Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti, hereditate potirentur, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur, *l. quotiens* 9. *§. si duo* 13. *de her. inst.* finge enim patremfamilias dixisse, velle se ut heredes institui eas in hereditate partes habeant, quas ipse designavit in fundo; quis dubitare potest, quin unus trientem, alter habeat bessem?

IV. Quod dictum est de pluribus ex eadem certa re institutis, dicendum est etiam de pluribus ex diversis rebus institutis: nam, si rerum certarum mentionem tollas, simplex manebit institutio. Huc pertinet *l. Attius*

tius 11. *de her. inst.* quæ sic se habet. *Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulæ heredes sunto: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem, idque Proculo placet: quid tibi videtur? Respondit* (Javolenus J. C.): *Vera* est Proculi *opinio.* Ejusdem Proculi sententiam laudavit Celsus nominatim, *Libro XVI. Digestorum in l. liber homo* 59. *§. Titius* 2. *de her. inst.* Et eundem Celsum laudavit Ulpianus *l. item* 17. *§. sed si* 4. *de her. inst.*

V. Ex iis, quæ supra disputavimus, apparet, heredes etiam institutos ex partibus diversarum rerum pro simpliciter institutis haberi, eadem ratione, quam indicavi supra; quia ubi non sunt certæ res, non sunt partes certarum rerum: ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum ac, si nec fundum, nec partes nominasset testator, *l. si alterius* 10. *de her. inst.*

VI. Hactenus locuti sumus de heredibus ex certa, vel ex certis partibus institutis, coherede non dato. Quid si datus fuerit? Ad institutionem quod attinet, idem dicendum est, valere scilicet detracta rei certæ mentione, atque manente: detrahitur, ut intelligantur instituti, non quidem ex certa re; sed jure continente certas res. Non detrahitur, quia hæ certæ res ita considerantur, ut jure hereditario non amplius perveniat ad heredes scriptos, quàm quod continet illas certas res. Sic si quis solum haberet in bonis fundum Cornelianum, & ex fundo Corneliano institueret heredem, talis heres non esset institutus ex re certa ex pluribus excepta; sed ex universo testatoris jure, rem unam solum continente.

VII. Ad extremum admoneo, aliud esse instituere aliquem ex certis determinatis rebus: aliud ex parte hereditatis certas res continente; illa certæ rei mentio detrahitur; hæc non item: quia hæc universitatem respicit, eòque pertinet elegantissima *lex ex facto* 35. *de her. inst.*

AFRICANUS Libro secundo Quæstionum. in l. si mater 33. *§. si filius* 1. *de vulg. & pupil. subst.*

Si filius, & ex eo nepos futurus ita heres instituantur, ut Gallo Aquillio placuit: & nepoti, si is heres non erit, Titius substituatur: filio herede existente, Titium omnimodo, id est, etiamsi nepos natus non fuerit, excludi respondit.

COMMENTARIUS.

I. Testator habebat filium, qui proculdubio pubertatem egressus fuerat, utpote ex eo nepotem expectabat. Proinde filio suo pupillariter substituere non poterat, *princ. Inst. de pup. subst.* vulgariter tamen, ut cuilibet alteri, poterat. Ei filio volebat nepotem postumum substitutum dare; &

ſi heres non eſſet, Titium ſubſtituere: quod efficere non poterat niſi obſervata formula Galli Aquillii hoc modo. *Filius meus heres eſto: ſi filius meus vivo me morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſive quæ neptis, poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, natave erit, heredes ſunto, ſi Poſtumus, aut Poſtuma, heres non erit, Titius heres eſto.* Filius heres extitit, nepos natus non fuit: quæritur an Titius admittatur. Reſpondit Africanus excludi. Africanus, inquam, non Julianus ejus præceptor: eſt enim mos Juriſconſultorum in reſponſis de ſe loqui non prima, ſed tertia perſona. Nec tamen ideo nego, Julianum idem ſenſiſſe. Extat enim in eandem ſententiam Juliani teſtimonium, *l. cum in teſtamento* 37. *de her. inſt.* ſic conceptum. *Cum in teſtamento ita ſcribitur, ſi filius meus me vivo morietur, nepos ex eo poſt mortem meam natus heres eſto; duo gradus heredum ſunt: nullo enim caſu uterque ad hereditatem admittitur*; (filius ſcilicet, & nepos). *Ex quo apparet, ſi nepoti Titius ſubſtitutus fuerit, & filius patri heres extiterit; non poſſe Titium una cum filio heredem eſſe: quia non in primum ſed in ſecundum gradum ſubſtituitur.* Huc uſque Julianus, ſi filius vivat. Quid ſi deceſſerit poſt mortem teſtatoris, nec hoc caſu Titius heres erit, & merito: nam licet caſus ſecundæ ſubſtitutionis extiterit, quia nepote non nato, nepos heres non fuit; locus tamen ſecundæ ſubſtitutioni non fuit: quia ſubſtitutio pupillaris poſt pubertatem fruſtra fit, *l. verbis civilibus* 7. *de vulg. & pup. ſubſt.* vulgaris autem, quæ ſola hic locum habere poterat, expiravit, filio herede exiſtente, *l. poſt aditam* 5. *Cod. de impub. & alii ſubſt.* Exiſtit heres inſtitutus, ſuus, ut in propoſito caſu, ipſo jure §. *ſui autem* 2. *Inſtit. de her. quæ ab inteſt.* neque enim putandum ſubſtitutionem vulgarem ex ſuo facere extraneum; extraneo adeunte §. *ult. Inſtit. de her. qual. & diff.* Uno verbo, fieri non poteſt ut Titius ad ſecundum gradum ſolummodo vocatus, in primo cum filio concurrat. locum habebit in ſecundo, conditione exiſtente, teſtamentique validitate ſuppoſita. Itaque ſi filius hereditate ſe abſtineat, nepote non nato, admittetur Titius, quia ſubſtitutus ſubſtituto, intelligitur etiam ſubſtitutus inſtituto, poſt Divi Severi, & Antonini conſtitutionem, §. *ſed ſi* 3. *Inſt. de vulg. & ſubſt. l. ſi Titius* 27. *l. coheredi* 41. *de vulg. & pup. ſubſt.* Huc pertinet *lex Julianus* 42. *de adq. vel omit. hered. l. ex contractu* 44. *de re jud.*

ULPIANUS Libro nono decimo ad Sabinum. in l. Talis ſcriptura 30. §. *hanc autem* 7. *de legatis* 1.

Hanc autem ſcripturam non ſolum ad præcedentia ſola legata, ſed ad univerſa quæ teſtamento adſcripta ſunt, extendi Gallus Aquillius, Ofilius, Trebatius reſponderunt. idque verum eſt.

COMMENTARIUS.

I. In hujus legis principio dixerat Ulpianus talem scripturam, *Quas pecunias legavi, quibus dies adpositus non est, eas heres meus, annua, bima, trima die dato*, id est, tribus annuis pensionibus, ad corpora non pertinere; sed ad ea quæ pondere, numero, mensura continentur; neque sententiæ Ulpiani adversatur, quod idem Ulpianus *Libro XLIX. ad Sabinum* ait, pecuniæ verbum non solum numeratam pecuniam complecti; verum omnem omnino pecuniam, hoc est, omnia corpora: nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo est, qui ambiget, *l. pecuniæ* 178. *de verb. sign.* Sed neque adversatur, quod Hermogenianus *Libro II. Juris Epitomarum* scripsit, pecuniæ nomine non solum numeratam pecuniam, sed omnes res tam soli, quàm mobiles, & tam corpora, quàm jura contineri, *l. pecuniæ* 222. *de verb. sign.* etenim pecuniæ verbum, late & stricte accipi potest, si late accipiatur, superiora omnia complectitur, quæcumque scilicet in patrimonio sunt. Adde Aristotelem *Lib. IV. Ethic. cap.* 1. *l. si vero* 64. *§. ult. sol. matr. l. rei* 5. *in princ. l. tantum* 88. *l. cum stipulantur* 97. *l. penult. Cod. de const. pec.* Si vero stricte, significat solum id quod in patrimonio est præter id cui opponitur, ut *in nostra l. talis* 30. *de de legat.* 1. Addit Ulpianus *in §.* 4. superiorem scripturam ad ea tantum legata pertinere, quibus dies non est adpositus: proinde, si forte pure legatum est, ex hac adjectione prorogabitur, id est, tribus pensionibus annuis solvetur. Quid si forte centum mihi legata sint *præsentia.* Utrum annua die, (per tres vices) dabuntur, an vero præsentia? Et ait Servius, & Labeo, præsens deberi. Quamvis igitur supervacua sit hæc adjectio, quantum ad vim & effectum legati pertinet (nam purum legatum ex die mortis cedit, *l. si post diem* 5. *quando dies leg. vel fid. ced.*) tamen ad hoc proficiet, ut præsenti die legatum debeatur, *nostra l. talis* 30. *§. quid si* 2. *de legat.* 1. Nam ne testator inania verba protulisse videatur, videtur locutus ad excludendam annuam, bimam, trimam pensionem. Sed si in annos singulos, aut singulos menses sit legatum relictum, cessabit ea scriptura, quia hoc legatum & initium & finem habet, *§. sed si* 3. *nostræ l.* 30. Habet initium singulis annis, aut mensibus: habet finem iis transactis. Sed & si sub conditione sit legatum relictum, potest dici, cessare annuam adjectionem (intellige per tres vices) quia dies incertus appellatur conditio, *nostra l.* 30. *§. sed & si* 4. quorum verborum sensus hic est, non ut dies incertus conditionem in testamento faciat, quod licet verum sit, *l. dies incertus* 75. *de cond. & dem.* ad propositam speciem non facit: non enim loquitur Ulpianus de legatis sub die certo, quibus proculdubio dies appositus est, qui pro conditione habetur; sed sensus est, conditionem legatum differre in diem incertum, eum scilicet, quo existet conditio: ac proinde

proinde legato conditionali dies, licet tacitus, appositus est. cui congruit quod Trebatius existimat: si cui legetur, quando annorum viginti erit, vulgarem hanc clausulam cessare, *nostra l.* 30. §. 5. Vulgaris clausula est illa supra memorata, *annua*, *bima*, *trima die.* Item si legetur pecunia, quæ in arca est, vel vinum quod in apothecis est, dicendum est cessare clausulam; quoniam quotiens species legatur, cessare diximus, Ulpianus *dicta l.* 30. §. 6. *juncto princ. ejusdem legis.* Jure merito, nam pecunia quæ in arca est, non refertur ad numerum; sed demonstratione determinatur: vinum item, quod in apothecis est, non refertur ad mensuram, sed ad quantitatem in apothecis contentam. Postremo ait Ulpianus *in §. ult. nostræ legis*, hanc scripturam, *quas pecunias legavi*, *quibus dies appositus non est*, *eas heres meus annua*, *bima*, *trima die dato*, non solum ad præcedentia sola legata; sed ad universa, quæ testamento adscripta sunt, extendi. Atque in hanc sententiam respondisse Gallum Aquillium, Ofilium, Trebatium. Ratio est, quia omnia legata testamenti, uno eodemque tempore relinquuntur, cum scilicet testantium voluntas nuncupatur. Quamobrem, si voluntatem respicias, nulla legata sunt aliis priora, aut posteriora, licet talia nonnulla sint scripturæ ordine attento.

PAULUS Libro singulari de jure codicillorum. in l. A fratris postumo 127. de legatis & fideicommissis primo.

A fratris postumo fideicommissum dari potest. sola enim voluntas servatur in fideicommissis. & obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.

COMMENTARIUS.

I. Postumorum duo sunt genera, sui & alieni. Postumus suus est, qui natus, suus heres testatori futurus est: id est, qui si nasceretur vivo testatore, in potestate ejus, & in proximo gradu futurus esset. Postumus alienus est ille, qui natus, inter suos heredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat postumus avo, *§. postumo 26. Inst. de legatis.* Postumus etiam alienus est nepos ex filio, qui est in potestate, quamdiu vivit filius: item filius fratris, aut alterius cujuscumque. Quare alienorum postumorum varia sunt genera, sive respectus, & varii gradus, cum alii facilius fieri possint sui, ut nepos ex filio, qui est in potestate, per mortem filii; reliqui non nisi per adoptionem. Postumi sui, vel heredes institui debent, vel exheredari, *§. postumi 1. Inst. de exher. liber.* Postumi alieni ante Gallum Aquillium institui non poterant; post formulam ab eo inventam institui cœperunt. *l. Gallus*

Gallus 29. *de lib. & post.* De his ita Justinianus §. *postumus* 28. *Inst. de legat. Postumus alienus heres institui & antea poterat, & nunc potest, nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest. Antea*, inquit, id est Lege XII. Tabularum. Nam, ut ait Pomponius *Lib. V. ad Quintum Mucium l.* 120. *de verb. sign.* verbis legis XII. Tabularum his, *uti legassit suæ rei, ita jus esto*, latissima potestas tributa videtur, & heredis instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Tempore vero medio inter proximum illi XII. Tabularum, & Justinianeum, facultas instituendi coangustata est auctoritate jura constituentium, *dicta l.* 120. *de verb. sign.* id est, interpretatione Jurisconsultorum, sive, ut aliter dicam, jure civili: quod proculdubio hac subtili ratione, sed non semper bene adoptata nitebatur: quia incerta persona heres institui non potest, Ulpianus *in Fragmentis tit. qui heredes institui possunt*, 22. §. 4. ac per consequens incertis personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui certum erat, §. 25. *Inst. de legatis.* Veruntamen, si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili (id est, interpretatione prudentum) adire non poterat, cum institutio non valebat; honorario tamen jure possessor efficiebatur, videlicet cum a Prætore adjuvabatur, ut Justinianus docet, *princ. Inst. de bonor. poss.* Ait Justinianus, *cum institutio non valebat*, hoc est, antequam ipse constitutionem ederet, cujus ibidem meminit, quæque relata fuisse videtur in titulum Codicis *de incertis personis.*

II. Hactenus de jure instituendi postumos alienos, adeoque de jure ex testamento. Videamus nunc de jure ab intestato; quo jure gaudent tam bonorum possessores adjuti a Jure prætorio, quam heredes legitimi. Heres legitimus ille est, cui ab intestato defertur hereditas, *titulo Digestorum de suis & legitimis, tit. Institutionum de legit. agnator. succes.* Bonorum possessor ille est, cui Prætor dat bonorum possessionem.

III. His præmissis, de Postumorum successione ab intestato ita statuendum est. Ex lege XII. Tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus, uti docet Ulpianus, *l. intestato* 3. §. *utique* 9. *de suis & legit.* Notandum est illud, *si fuerit editus.* Existimo enim Legem XII. Tabularum nullam rationem habuisse postumi antequam nasceretur, cum ut pro nato habeatur ex eo fuit conceptus, *l. qui in utero* 7. *l. qui in utero* 17. *de statu hominum*, inter fictiones juris adnumeretur. Idem ac Ulpianus, docuerat antea Julianus, *l. Titius* 6. *de suis & legit.* cum ita scripsit. Lex XII. *Tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit.* De eo qui cæso utero nascitur, idem tradidit Ulpianus, *l.* 1. §. *sed si* 5. *ad S. C. Tertyll.* cujus verba operæ pretium erit describere. *Sed si matris* (inquit) *exsecto ventre filius editus sit; magis dicendum est, hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti: nam & institutus secundum tabulas; & ab intestato Unde cognati, & multo*

multo magis Unde legitimi, bonorum possessionem petere poterit: argumento est quod venter in possessionem ex omni parte Edicti mittitur.

IV. Ut vero propius accedam ad legem nostram, alieni postumi ante Aquillium Gallum legitimi heredes non fiebant, conjectura ducta ab origine admissionis eorum ad legitimam hereditatem. nam si Galli sententia obtinuit, alienos quoque postumos (hæc particula *quoque* suos respicit) legitimos nobis heredes fieri; ante Galli sententiam viguit aliud jus, legitimos scilicet heredes non fieri.

V. Nunc facile patet sensus nostræ legis. A fratris postumo fideicommissum dari potest. addita hac ratione: sola enim *voluntas servatur in fideicommissis*, quam pro regula tradidit Papinianus, *l. heredes mei* 57. *§. cum ita* 1. *ad S. C. Trebellianum.* A fratris autem postumo fideicommissum dari potuit ex quo scilicet fideicommissa introducta fuerunt: de quo Justinianus egit *§. sciendum* 2. *Inst. de fideicom. hered.* Non distinxit Paulus inter postumum alienum institutum ex quo eum instituere licuit, & non institutum. nam ab utroque fideicommissum dari potest ob regulam illam, quam tradidit Ulpianus sic se habentem in *l.* 1. *§.* 6. *de legat.* 3. *sciendum est autem eorum fidei committi quem* (lego *quid*) *posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur.* Dum eis datur, veluti si postumi alieni instituantur, quæ institutio valet jure Prætorio, *§. postumus* 28. *Inst. de legatis juncto princ. Inst. de bonor. poss.* Dum eis non adimitur, si ab intestato succedant. nam ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem, *l. conficiuntur* 8. *§. sed ideo* 1. *de jure codicil. §. præterea* 10. *Inst. de fideicom. hered.*

VI. Adjunxit Paulus, obtinuisse Galli sententiam, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri, quod supra explicatum est, & post Gallum Aquillium confirmavit Ulpianus, *l. postumus* 6. *in princ. de inof. test. l.* 1. *§. sed si* 5. *ad S. C. Tertyll.* Itaque Gallus Aquillius utrique successioni providit, testamentariæ scilicet, ad quam pertinet celeberrima lex *Gallus* 29. *de lib. & post.* excogitans formulam, qua postumi nepotes vivo filio institui possent, institutione collata in tempus quo sui essent. Providit etiam successioni ab intestato, ad quam pertinet nostra lex, fortasse excogitata etiam alia simili formula, qua persona, quæ antea incerta reputabatur, ita institueretur, ut certe demonstraretur, *argum. l. quotiens* 9. *§. heres* 9. *de her. inst.* Hodie vero tam postumi alieni, quàm sui institui possunt; & ab utrisque non solum fidei committi, sed & legari potest ex *Constit.* Justiniani *de incertis personis, & §. postumus* 28. *Instit. de legat.* Et merito: nam illa antiquorum Jurisconsultorum disputatio habentium postumos suos ut personas certas; alienos, ut incertas, nulla vera ratione nitebatur, cum satis superque demonstrari possint.

Digitized by Google

LABEO Libro secundo Posteriorum a Javoleno Epitomatorum, in l. qui concubinam 29. §. cum ita 1. de legatis, & fideicommissis tertio.

Cum ita legatum esset, ut Titia uxor mea tantundem partem habeat, quantulam unus heres: si non æquales partes essent heredum, Quintus Mucius & Gallus putabant maximam partem legatum esse: quia in majore minor quoque inesset. Servius, Ofilius, minorem: quia cum heres dare damnatus esset, in potestate ejus esset, quam partem daret. Labeo hoc probat. idque verum est.

COMMENTARIUS.

I. Testator plures instituit heredes, & uxori suæ ita legavit. *Heredes mei dare damnati estote Titiæ uxori meæ tantam partem, quantulam unus ex vobis, habetis.* Si heredes ex æqualibus partibus instituti fuissent, nulla dubitatio esset, quænam pars uxori deberetur, æqualis scilicet ei, quam quilibet ex heredibus haberet: sed cum heredum partes non essent æquales, quæsitum est, utra Titiæ deberetur? Quintus Mucius, & Gallus Aquillius, ejus discipulus putabant, maximam partem legatam esse: quia in majore minor quoque inesset. Ratio parum acuta, licet ab ingeniosissimis viris profecta: nam maximam, aut minimam partem legatam esse, quæstio est voluntatis. Qui vult legare maximam, vult legare minimam, quia in majore parte minor quoque inest, *l. in eo* 110. *l. in tota* 113. *de div. reg. jur.* Sed qui vult legare minimam, non vult legare maximam; quia qui rei tantum partem vult, totum non vult. Quare a Q. Mucio, & a Gallo Aquillio merito recessit, illius discipulus Servius Sulpicius, quem secutus fuit Aulus Ofilius: nam uterque existimavit, in proposita specie minimam partem legatam esse; quia cum heres dare damnatus esset, in potestate ejus esset, quam partem daret. Eandem sententiam probavit Labeo, ac deinde Javolenus *in nostra lege.* Idem sensit Pomponius ad Quintum Mucium, *l. si ita* 43. *§. quod si* 1. *de legat.* 2. similiter numis indistincte legatis, hoc receptum est, ut exiguiores legati videantur, si neque ex consuetudine patris familiæ, neque ex regionis, unde fuit, neque ex contextu testamenti possit apparere. Et si quis plures Stichos habens, Stichum legaverit: si non apparet, de quo Sticho sensit, quem elegerit (heres) debet præstare, Ulpianus, *l. si quis* 32. *§. si quis* 1. *de legat.* 1. Superioris rationis hic est sensus. Damnationis legatum ad heredem dirigitur: in potestatem igitur ejus confertur quantum debeat: quantum, inquam, debeat; non vero, an debeat. Legatum enim in heredis voluntate non potest poni, *l. Senatus* 43. *§. legatum* 2. *de legat.* 1. quantitas legati potest. Sic in promissoris arbitrio esse non potest, an debeat, *l. sub hac conditione* 8. *de obl.*

obl. & act. poteſt tamen eſſe, quantum debeat, plus, an minus. nam ſi ita ſtipulatus fuero, *decem, aut quinque dari ſpondes?* quinque debentur. & ſi ita, *Calendis Januariis, vel Februariis dari ſpondes?* perinde eſt, quaſi *Calendis Februariis* ſtipulatus ſim, *l. ſi ita* 12. *l. inter ſtipulantem* 83. *§. diverſa* 3. *l. ſi ita* 109. *de verbor. oblig.*

II. Sed quare Q. Mucius non allegavit uxoris favorem? Nimirum, quia heredum prævalere debet, quos teſtator inſtituit, & non uxorem. Et cum deſignare potuiſſet heredem, cui majorem partem reliquiſſet; partem unius ex heredibus ad tantundem præſtandum indicavit: quod non uxori, ſed heredibus favorabile eſt.

III. Pro Servii Sulpicii ſententia quis dicere poſſet, uxoris legatum nomine diminutivo relictum fuiſſe. Verum Servius inde conjecturam ſumere noluit: quia idem dixiſſet, ſi tali nomine teſtator uſus non fuiſſet, *l. ſi ita* 43. *§. quod ſi* 1. *de legat.* 3. Quæſivit igitur rationem fortiorem, qualis eſt verborum directio ad heredes, ut prout eis placeat, legati quantitatem eligant, majorem, aut minorem, dummodo tanta ſit, quanta eſt unius ex eis.

PAULUS Libro ſecundo ad Vitellium. in l. pediculis 32. *§. auro* 1. *de auro arg. mundo ornam. unguent. veſte vel veſtim. & ſtat. legatis.*

Auro facto adnumerantur gemmæ annulis incluſæ, quippe annulorum ſunt: cymbia argentea cruſtis aureis illigata. margaritæ, quæ ita ornamentis muliebribus contextæ ſunt, ut in his aſpectus auri potentior ſit, auro facto adnumerantur. Aurea emblemata, quæ in lapidibus apſidibus argenteis eſſent, & replumbari poſſent, deberi Gallus ait. ſed Labeo improbat. Tubero autem, quod teſtator auri numero habuiſſet, legatum deberi ait. alioquin aurata & incluſa vaſa alterius materiæ auri numero non habenda.

COMMENTARIUS.

I. Cum aurum, vel argentum, legatum eſt, quidquid auri, argentique, relictum ſit, legato continetur, ſive factum, ſive infectum: pecuniam autem ſignatam placet eo legato non contineri, *l. cum aurum* 19. *de auro arg. legat. l. Quintus Mucius* 27. *in princ. & §.* 1. *eod.* factum intelligimus non colliſum, & quo commode uti poſſimus, *dicta l. Quintus* 27. *§. cui aurum* 3. *hujus tit.* Illud fortaſſe quæſiturus ſit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur: cum ſi marmor legatum eſſet, nihil præter rudem materiam demonſtratum videri poſſet? cujus hæc ratio traditur; quippe ea, quæ talis naturæ ſint, ut ſæpius in ſua redigi

P 2 poſſint

Digitized by Google

possint initia, ea materiæ potentia victa, nunquam vires ejus effugiant, *l. quæsitum* 78. *§. illud* 4. *de legat.* 3. *l. Servius* 57. *eod.* Enim vero si certum pondus auri sit legatum, vel argenti, magis quantitas legata videatur, nec ex vasis tanget, heres scilicet, solvere legatum cupiens, aut legatarius legatum petens, *l. cum aurum* 19. *§. proinde* 1. *de auro arg.* Sed si argenti facti pondo centum sint legata, ex facto argento debebitur legatum. Unde est quæsitum apud Celsum, an & vascula possit separare, heres scilicet, qui solvere legatum vult? Et scripsit, vascula non separaturum, licet ei optio fuerit relicta, *dicta l.* 19. *§.* 2. *l. Quintus* 27. *§. cui legatum* 4. *hujus tit.* Quid sit argentum factum? vide in *l.* 27. *§. ult. hujus tit.*

II. Hæc cum ita sint, auro simpliciter legato, factum & infectum debetur; auro facto legato, factum solum præstabitur. Videamus igitur, quid auri nomine veniat. An auri appellatione annuli aurei contineantur? quæritur; & Quintus Saturninus *Lib. X.* ad Edictum scribit, contineri, *l. cum aurum* 19. *§. an autem* 7. *de auro arg.* Auro facto annumerantur gemmæ annulis inclusæ: quippe annulorum sunt, Paulus *hac nostra lege* & *§.* 1. & 16. & *ult.* idem docuit Paulus, *Lib. III. Sent. tit.* 6. *de legatis §. auro* 88. accessorium enim sequitur naturam principalis, *cap. accessorium* 43. *de reg. jur. in* 6. Atque hoc significant illa Pauli verba, *quippe annulorum sunt*, id est, partes toti cedentes. nam, si ut habiliter gemmæ geri possint, inclusæ auro fuerint: tum aurum gemmis dicitur cedere, eodem Paulo teste in *l. si ut habiliter* 20. *de auro arg.* non quidem naturaliter, natura enim adjunctum subjecto cedit; sed civiliter, & ex destinatione patris familias. Elegantissime Ulpianus *in d. l. cum aurum* 19. *§.* 13. *hujus tit.* Perveniamus & ad gemmas inclusas argento auroque: & ait Sabinus, auro argentoque cedere: ei enim cedit cujus major est species: quod recte expressum. semper enim cum quærimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandæ causa adhibetur: ut accessio cedat principali: cedent igitur gemmæ phialis, vel lancibus inclusæ auro argentove. Sed & in coronis mensarum gemmæ coronis cedent, & hæ mensis. Quod autem de gemmis inclusis annulis dicitur; dicendum etiam de gemmis inclusis cuilibet alii rei ex auro, nam aureis poculis etiam includi gemmæ solebant. Unde *aurum* dictum *Gemmatum*, Martialis *Lib. XIV. epigr.* 109.

Gemmatum Scythicis ut luceat ignibus aurum:

& in veteri inscriptione apud Gruterum *pag. DLXXXII. num.* 5. servus *ab auro gemmato.* Plinius *Lib. XXXVII. cap.* 2. *quin immo etiam jus videmur perdidisse corripiendi gemmata potoria.*

III. Auro facto adnumerantur etiam cymbia argentea crustis aureis illigata. Cymbium erat poculi genus a similitudine parvæ naviculæ in medio latioris, quæ dicitur Cymba appellatum. Festus in *Cymbium. Cymbia autem hæc, ut ipsius nominis figura indicat, diminutive a Cymba dicta: quod & apud Græcos & apud nos ab illis trahentes navigii genus est*, ut Macrobius scripsit

Digitized by Google

ſcripſit *Saturnal. Lib. V. cap.* 21. Poculum ergo procerum, & navi ſimile. Virgilius *Æneid. Lib. III. verſ. 66.*

Inferimus tepido ſpumantia cymbia lacte.

Hæc Cymbia aureis quibuſdam cruſtis illigabantur. Erant autem cruſtæ tectoria quædam, & tanquam bracteæ quædam illitæ, & laminæ inductæ inauratæque cymbis affixæ, & firmiter inhærentes.

IV. Præterea margaritæ, quæ ita ornamentis muliebribus contextæ ſunt, ut in his aſpectus auri potentior ſit, auro facto adnumeratur *hac noſtra lege.* Recte ait Paulus, ut in his aſpectus auri potentior ſit: nam, ſi ut habiliter margaritæ geri poſſint, incluſæ auro ſuerint, tunc aurum margaritis dicimus cedere *argum. l. ſi ut habiliter* 20. *de auro arg.* facit §. 15. *dictæ l.* 19. *eod. tit.* Quid interſit inter gemmas, lapillos, & margaritas, vide apud Ulpianum, *l. cum aurum* 19. §. *gemmæ* 17. *& ſeq. hujus tit.* quanquam uſu loquendi tam ſubtilis diſtinctio non obſervatur, cum paſſim ea confundantur.

V. His præmiſſis audiamus eundem Paulum ſuperiora omnia velut in ſummam redigentem, *Lib. III. ſent. tit.* 6. *de legatis* §. 88. *&* 89. *Auro*, inquit, *legato, gemmæ quoque incluſæ, itemque margaritæ, & ſmaragdi legato cedunt. Sed magis eſt voluntatis eſſe quæſtionem. infectum enim aurum debetur; factum enim ornamentorum genere continetur. Vaſis argenteis legatis, emblemata quoque ex auro infixa legato cedunt.* Sed hoc poſtremum adverſari videtur ei, quod ipſe Paulus docet in noſtra lege: Nam cum aliud ſit legare argentum, aliud aurum, ſi argenteis vaſis legatis, emblemata quoque ex auro infixa cedunt, aureis vaſis legatis non cedent, quæ tamen cedere, & deberi conſtat, *l. cum aurum* 19. §. *ſimili* 5. *de auro arg.* Et profecto res valde dubia fuiſſe videtur, cum in ea contigiſſe videatur, quod apud Terentium in Phormione *actus II. ſc.* 3. ubi ex tribus unus negat, alter affirmat, tertius cunctatur. & ſic quoque in noſtra lege, aurea emblemata, quæ in lapidibus, apſidibus argenteis eſſent, & replumbari poſſent, deberi Gallus ait: ſed Labeo improbat. Tubero autem dubitare videtur. Sed non ita eſt. Nam Tubero non dubitat, ſed diſtinctione quæſtionem expedit. Aut enim teſtator habuit auri numero ſuperiora, aut non. Si non habuit, non debebuntur; quomodo intelligenda eſt *lex cum aurum* 19. §. *idem Celſus* 6. *de aur. argento.* Si vero habuit, debebuntur: alioquin aurata, & incluſa vaſa alterius materiæ, auri numero non habenda: & tamen conſtat haberi ex patris familias deſtinatione, *l. ſi quando* 29. §. *utra* 1. *hoc tit.*

VI. Ne quid vero inexplicatum relinquatur, emblemata ornamenta erant exemptilia, quæ ad placitum poni & reponi poterant, phialis, *l. tigni* 7. §. *idem* 2. *ad exhib.* ſcyphis, vel poculis, *l. ſi cui* 3. §. *ſi vinum* 1. *de tritic. vino vel oleo leg.* abſidibus, *l. cum aurum* 19. §. *idem Celſus* 6. *& hac noſtra l. &* §. 1. *de auro arg.* ſimilibuſve rebus. Erant autem abſides lances rotundæ eſcariæ, quas nos dicimus, *fuentes.* Cum autem imperitus

peritus interpres non intelligeret quid esset absis, pro *absidibus* legit *lapidibus*, descriptorque Florentini Codicis utramque lectionem retinuit, ut recte monuit Cujacius, *Observ. Lib. VI. cap.* 31. Sed quæret aliquis quando patres familias hæc in auro computare solerent? Uno verbo dicam, quando replumbari possent, id est, quando junctura esset plumbea, per quam aurum ab argento discretum maneret, *l. in rem* 23. *§. in omnibus* 4. *de rei vind. l. quidquid* 27. *de adq. rer. dom.*

JAVOLENUS Libro quarto ex posterioribus Labeonis. in l. Stichum 39. *in princ. de statu liberis.*

STICHUM ATTIO DO LEGO: ET SI IS EI NUMMOS CENTUM DEDERIT, LIBER ESTO. *si servus ex testamento nummos Attio dedisset, eos repetere heredem non posse Labeo existimat: quia Attius eos à servo suo acceperit, non ab heredis servo. eum autem statu liberum esse Quintus Mucius, Gallus, & ipse Labeo putant. Servius, Ofilius non esse. superiorem sententiam probo. ita tamen, ut is servus heredis, non legatarii sit. utpote cum legatum statulibertate tollatur.*

COMMENTARIUS.

I. Testator ita legaverat. *Stichum Attio do lego.* Esse legatum vindicationis, ut ex ejus formula apparet, de qua vide Ulpianum *tit.* 24. *de legatis*, *§. per vindicationem* 3. cujus legati proprium est, ut rei legatæ dominium, quod primum fuit testatoris, & postea hereditatis per juris fictionem, per eandem recta via transeat ad legatarium, nunquam factum heredis, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. A Titio* 64. *de furtis*, *& hac nostra lege*, secundum Labeonem, in hoc a nemine reprehensum.

II. Idem testator ita postea dispofuit in eodem testamento. *Si is* (Stichus scilicet) *ei* (Attio) *nummos centum dederit*, *liber esto.* Vide Sticho libertatem legatam sub conditione, *Si Attio nummos centum dederit*: quod legatum contrarium est antecedenti, & cum eo nequit coëxistere: adeoque prius legatum per posterius ademtum, posteriore scriptura prævalente, ut in *l. si servus* 50. *de fideic. libert.* Verum non simpliciter, sed sub conditione. qua ratione prius legatum etiam conditionale effectum est. In hoc casu, si servus (Stichus) ex testamento nummos Attio dedisset, eos repetere heredem non posse Labeo existimat. quæ sententia vera est. Non autem ratio a Labeone allata. *Quia Attius* (inquit) *eos* (nummos) *a servo suo* (Sticho) *acceperit*, *non ab heredis servo.* Non enim eos accepit a servo suo, ut existimavit Labeo, sed a servo heredis apud quem mansit. Accepisset a Servo suo, si Stichi legatum Attio relictum validum fuisset: sed inutile fuit, adeoque servi dominium in Attium non transiit. Attius igitur facit

facit nummos suos, quia eos cepit mortis causa, *l. qui pretio* 8. *l. omnibus* 9. *l. mortis* 31. *in princ. &* §. *fine* 2. *de mortis causa donat. & capion.*

III. Pergit Javolenus, & Labeonem suum ob inconsequentiam reprehendit. *Eum autem* (inquit Javolenus) *statuliberum esse Quintus Mucius, Gallus, & ipse Labeo putant. Servius, Ofilius, non esse* (statuliberum putant). *Superiorem sententiam probo*, Quinti Mucii scilicet, Galli Aquilii, & ipsius Labeonis. Ait Javolenus, *ipse Labeo*, quasi diceret. Statuliber est, qui statutam & destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet, Paulus *l.* 1. *in princ. de statulib.* Labeo igitur, qui in proposita specie putavit Stichum statuliberum esse, proculdubio sensit, Stichum eo casu, quo secundi legati conditionem impleat, Attio non esse utiliter legatum; vel quod idem est, ejusmodi legatum non valere: sed posterius illud, *Si Stichus Attio nummos centum dederit, liber esto*, per quod legatum Stichus statutam & destinatam habet libertatem in conditionem illam, *Si Attio nummos centum dederit.* Cum igitur Labeo duo existimarit, quorum unum est, heredem repetere non posse nummos, quos Stichus Attio dedisset conditionis libertatis implendæ causa: & alterum, Attium eos nummos a servo suo accepisse, non ab heredis servo; jure Javolenus superiorem Labeonis sententiam probavit: *ita tamen, ut is servus heredis, non legatarii sit.* Ecce posterioris sententiæ reprehensionem: adjuncta ratione: *utpote cum legatum statulibertate tollatur.* id est, ademtum sit libertate postea relicta sub conditione, cui servus paruit. qua conditione impleta Stichus non censetur legatus Attio, sed heredi relictus.

IV. Quod vero attinet ad implementum conditionis sub qua libertas ei relicta est, parvi refert de peculio ei (Attio scilicet) offerat, an ab alio accepta: receptum est enim, ut servos peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem, sive ipse heredi, sive alii dare jussus sit, *l. statuliberos* 3. *in princ. l. si quis* 13. §. *servus* 1. *l. si decem* 17. *de statuliber. l. in bello* 12. §. *quid ergo* 11. *de capt. & de postlim.*

V. Sed quid si heres noluerit Stichum centum nummos dare Attio de peculio illi concesso. Eleganter Ulpianus hanc quæstionem tractavit *l. dedi* 3. §. *ult. de condict. caus. dat. caus. non sec.* his verbis. *Quanquam permissum sit statulibero, etiam de peculio dare implendæ conditionis causa, si tamen vult heres nummos salvos facere, potest eum vetare dare: sic enim fiet, ut & statuliber perveniat ad libertatem, quasi impleta conditione, cui parere prohibitus est: & nummi non peribunt: sed is quem testator accipere voluit, adversus heredem in factum actione agere potest, ut testatori pareatur.* Recte igitur Labeo existimavit, nummos ab Sticho Attio datos heredem repetere non posse, cum adversus heredem possit Attius actione in factum agere, si prohibeat servum suum peculium habentem testatori parere. neque ullam in hoc iniquitatem video: præsertim cum libertatem considero, quæ omnibus rebus favorabilior est, *l. libertas* 122. *de div. reg. jur.*

VI. Et

VI. Et quid si Stichus non pecuniam dare Attio, sed operas ei præstare jussus sit, & liber esse? Præclare disputavit Pomponius *Lib. IX.* ad Q. Mucium, quem audire operæ pretium erit in *l.* 57. *de cond. & dem. Quæsitum est* (inquit) *an si jussus fuerit servus quinque operas extraneo dare, ut liber sit, conditio talis sit recipienda: ut quemadmodum circa pecuniæ dationem dicitur, ita & circa præstationem operarum dicamus? Sed hoc jure utimur, ut quemadmodum dictum est, si pecuniam ex peculio suo det extraneo, admitti eum ad libertatem: ita & si operam præstiterit, necesse sit eum admitti ad libertatem. Itaque & in proposito sapienter faciet heres, si impedierit eum, quominus præstet & operas: hac enim ratione servus perveniet quidem ad libertatem, sed operis ejus extraneus non utetur.* quo casu per servum non stat quominus operas det, ac proinde conditio pro infecta habetur, ut *l. uter* 23. *de cond. inst. l. si fundum* 92. *§. Julianus* 1. *de legat.* 1. *l. Titius* 14. *de cond. & dem.*

VII. Unum illud inquirendum superest, quam ob causam in heredem actione in factum agi possit, quia prohibuit servum centum nummos de peculio dare; non vero quia prohibuit, quinque operas dare? non alia differentiæ ratio quærenda est, nisi quod illud receptum est in nummis peculiaribus, *l. statuliberos* 3. *in princ. l. si decem* 17. *de statulib. l. in bello* 12. *de captiv. & de postl.* non autem in operis. quod autem contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, *l. quod contra* 141. *de div. reg. jur.*

VIII. Unum tamen admonendum est, eo scilicet casu quo Stichus potuerit centum nummos dare Attio, sive ex peculio, sive aliunde, & tamen non dederit, atque contigerit, Attium interire, deficere conditionem secundi legati, ac proinde valere primum, *argum. l. si heres* 3. *de man. vind.*

FLORENTINUS Libro octavo Institutionum. in l. & uno 18. *§. ejus rei* 1. *de acceptilationibus.*

Ejus rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquillio talis exposita est. Quidquid te mihi ex quacumque causa dare, facere oportet, oportebit, præsens, in diemve: quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve: quodve tu meum habes, tenes, possides: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit, spopondit: id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit.

COMMEN-

COMMENTARIUS.

I. Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt, Gajus *Lib. I. Regularum*, *l. omnia* 100. *de div. reg. jur.* & nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur, Ulpianus *Libro XLVIII. ad Sabinum*, *l. nihil tam naturale* 35. *de div. reg. jur.* Hoc ipsum docuit, & illustravit Pomponius, *Libro IV. ad Q. Mucium in l. prout* 80. *de solut.* in hanc sententiam. *Prout quidque contractum est, ita & solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecunia tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re, vel verbis, obligatio solvi debeat: verbis veluti cum acceptum promissori fit: re, veluti cum solvit, quod promisit. æque cum emtio vel venditio, vel locatio contracta est: quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.* Merito igitur Justinianus in §. *item* 1. *Instit. quib. mod. toll. oblig.* docuit, per acceptilationem tantum eas solvi obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteras. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem, aliis posse verbis dissolvi. Ait Justinianus, non etiam cæteras dissolvi: intellige ipso jure: nam si quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *l. si accepto* 19. *de acceptil.* quia inutilis acceptilatio saltem vim pacti habet, *l. an inutilis* 8. *de acceptil.*

II. Quomodo igitur fiet, ut quod ex alia causa, quàm verborum obligatione debeatur, per acceptilationem tollatur, cum acceptilatio sit, verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore, an id quod ita debetur, acceptum ferat, respondet se acceptum ferre. quomodo, inquam, fiet, ut hac imaginaria solutione quæ per verba fit tollatur obligatio, quæ per verba facta non fuit? Facile remedium adhibuit Gallus Aquillius: excogitavit enim stipulationem, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur: quæ stipulatio ab inventore suo *Aquilliana* appellatur, §. *est autem* 2. *juncto* §. *præcedenti in fine Instit. quib. mod. toll. oblig.* Hæc stipulatio Aquilliana renovat omnes obligationes, §. *est autem* 2. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* Clarius Ulpianus *Libro XLVI. ad Sabinum*, *l. Aquilliana* 4. *de transact. Aquilliana stipulatio omnimodo omnes præcedentes obligationes novat, & perimit: ipsaque perimitur per acceptilationem: & hoc jure utimur: ideoque etiam legata sub conditione relicta in stipulationem Aquillianam deducuntur.* Duo hic Ulpianus considerat in Aquilliana stipulatione. Alterum est, eam novare, atque perimere: alterum, ipsam perimi. Ipse Ulpianus esto sui interpres eodem *Libro XLVI. ad Sabinum.* Novatio est prioris debiti in alienam obligationem vel civilem, vel naturalem transfusio, atque translatio: hoc est, eum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, & a nova obligatione. Illud non interest qualis præcessit obligatio: utrum natura-

lis, an civilis, an honoraria: & utrum verbis, an re, an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quæ præcessit, novari verbis potest: dummodo sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, *l. novatio* 1. *&* §. 1. *de novat.* cui adde *l. seq.* quæ est ejusdem Ulpiani *Libro*, ut ibi dicitur *XLVIII.* ego vero ad *XLVI.* refero, ut patet ex inscriptionibus, *l. si ita* 6. *l. si Stichum* 8. quæ adhuc sunt *Libri XLVI.* constat autem Tribonianum in excerpendis legibus librorum ordinem servasse. Quamobrem, cum stipulatio Aquilliana in prima ejus parte novatio sit obligationis, natura sua perimit obligationem, quam in aliam transfert. Hinc eodem Ulpiano docente *dicto Libro XLVI.* ad Sabinum in *l. si Stichum* 8. §. 1. legata vel fideicommissa, si in stipulatione fuerint deducta, & hoc actum, ut novetur: fiet novatio. si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim: si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit. Nam & alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est: cum certum sit diem quandoque venturum. at qui sub conditione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit. Adde *l. in diem* 5. *l. quotiens* 14. *de novat.*

III. Hæc cum ita sint, ut alia exempla subjiciamus, transigere quis potest Aquilliana stipulatione subjecta, *l. transactum* 2. *de transact.* hoc est, judicatum quis novare potest per stipulationem Aquillianam, *l. si in stipulatum* 17. *de donat.* denique quamcumque obligationem, *l. si donationis* 2. *l. per Aquillianam* 3. *Cod. de acceptil.*

IV. Alterum, quod supra diximus docuisse Ulpianum, est, ipsam Aquillianam stipulationem perimi, acceptilatione subjecta, quod etiam docent allegatæ *ll.* 2. *&* 3. *Cod. de acceptil. l. si in stipulatum* 17. *de donat.*

V. Quod vero supra diximus, per Aquillianam stipulationem transigi posse, ac proinde lites finiri, temperandum est ex Papiniano, *Lib. I. Definitionum*, *in l. cum Aquilliana* 5. *de transact.* ubi hanc regulam proponit. *Cum Aquilliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur, lites de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur, liberalitatem enim captiosam interpretatio Prudentum fregit.* Papiniani mens hæc est. Aquilliana stipulatio vel in speciem concipitur, vel generaliter. Priore casu una dumtaxat novatur, ac tollitur species expressa. Posteriore novantur omnes præcedentes obligationes: eæque mox per acceptilationem tolluntur: utique si id actum sit, *l. pluribus* 6. *& l. seq. de acceptil. l. si inter* 6. *Cod. de solut.* alioquin ad eas de quibus non est cogitatum, non pertinet. finge igitur Aquillianam stipulationem interpositam generaliter litium finiendarum gratia, adeoque transactionis causa; certum est Aquillianam stipulationem consensum supponere. si igitur hic consensus, licet generaliter expressus, ad certas solum lites finiendas dirigitur, lites de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur, sive nullo modo renovantur. *liberalitatem enim captiosam* (hæc est Papiniani ratio) *interpretatio Prudentium fregit. liberalitatem captiosam* dixit Papinianus, quæ contra consensum loquentis induceretur: neque enim voluit remittere de quo non cogitavit. Stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est, *l.* 1. §. *conventionis* 3. *in fine de pactis.* valeat igitur stipulatio

Aquil-

Aquilliana, quatenus habet consensum: inutilis sit, quatenus non habet. At verba erant generalia, & in stipulationibus nisi quid verbis exprimitur, omissum intelligendum est: nec promissor ferendus est, si ejus intererit de certis potius actum esse, ut ajebat Celsus, *l. quidquid 99. de verb. oblig.* Quid inde conficis? ipse Celsus ajebat, plerumque sub auctoritate juris scientiæ perniciose errari, *l. si servum 91. §. sequitur 3. de verb. oblig.* Ideo in superiore stipulatione non sunt verba captanda, sed mens investiganda.

VI. Captiosa autem liberalitas est, velle ut alter plus sibi remittat, quàm voluit. quam liberalitatem, quam quis fraudulenter & dolo malo captare vult, interpretatio prudentum fregit, id est, sustulit. quo verbo usus est Catullus ad Malium, *carm. LXIX. vers.* 21.

Tu mea tu moriens fregisti commoda frater:
Tecum una toto est nostra sepulta domus.

VII. Sed quid si re vera quis cogitaverit de litium omnium transactione; dolo tamen inductus in stipulationem Aquillianam, generaliter acceptum tulerit? Existimo dolum malum auctori suo nocere, & in eum competere vel exceptionem doli mali ex parte ejus qui acceptum tulit; vel actionem de dolo. Atque ita interpretor Ulpianum, *Libro I. Opinionum*, *l. qui cum tutoribus 9. §. 1. de transact.* cujus hæc sunt verba. *Qui per fallaciam coheredis ignorans universa, quæ in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquilliana stipulatione, interposuit, non tam paciscitur, quàm decipitur.* Quid igitur si interposita fuerit Aquilliana stipulatio? Valet quidem ea summo jure: sed locus est exceptioni, aut actioni de dolo malo. Non alio auctore utar, quàm ipso Ulpiano, qui *Libro V. Opinionum*, in simili casu ita scripsit, *l. quidam 38. de dolo malo. Quidam*, inquit, *debitor epistolam quasi a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur: hac epistola creditor deceptus, Aquilliana stipulatione, & acceptilatione liberavit debitorem: postea epistola falsa, vel inani reperta, creditor major quidem annis viginti quinque de dolo habebit actionem: minor autem in integrum restituetur.* Illud in transitu moneo, eam epistolam inanem reperiri, in qua tale quid non erat scriptum: fingebatur autem homini litterarum imperito, scriptum fuisse.

VIII. Sed tempus est ut videamus, quænam fuerit formula stipulationis Aquillianæ. Florentinus in *hac nostra lege* sic ait. *Ejus rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquillio talis exposita est. Quidquid te mihi ex quacumque causa dare, facere oportet, oportebit, præsens, in diemve: quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve: quodve tu meum habes, tenes, possides:* (Adde & Justiniano ejusdem formulæ descriptore: *dolove malo fecisti, quominus possideas:*) *quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit, spopondit: id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit.* Eandem formulam tradidit Justinianus *§. est autem 2. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Verba illa Florentini, *stipulatio quam acceptio sequatur*; aut ita legenda cum Haloandro, *quam acceptilatio sequatur*: aut si

retineantur, eadem ſententia intelligenda puto. Sicut enim acceptilatio attento promiſſore eſt imaginaria ſolutio, *§. item* 1. *quib. mod. toll. oblig.* ita etiam attento creditore, eſt acceptio imaginaria. Atque ideo Florentinus elegantiſſime dicere potuit, *ſtipulatio quam acceptio ſequatur*, hiſpane, *acetation.* Nunc ſingula Aquillianæ ſtipulationis verba interpretatione percurramus.

Ait Aquillius, *Quidquid.* nihil igitur excipit quod debeatur, vel debendum ſit.

Ex quacumque cauſa. Cauſæ ſignificatio latior eſt contractus, & eas quoque ſpecies obligationum continet, quæ ex maleficio, vel quaſi ex maleficio proficiſcuntur, *l. certi condictio* 9. *de reb. credit.*

Dare, facere. Sine conjunctione hæc efferri ſolent, *l. ult. com. præd. l. Titia* 13. *de inoff. teſt. l. ſi ſcripſiſſet* 46. *de leg.* 2. *l. ſi ſtipulatus* 76. *§. cum ſtipulamur* 1. *l. ſi a colono* 89. *l. cum ſtipulamur* 125. *de verb. oblig. l. ſæpe* 53. *de verb. ſign.* ſic dicitur etiam, *uti frui*, *l. hoc amplius* 9. *§. Celſus* 5. *de damno inf. l. ſtipulatio* 38. *§. ſi quis* 10. *de verb. oblig.* ire agere, *l. ſtipulatio* 38. *§. hi qui* 6. *ver. cum vero de verb. oblig.* dare legare, *l.* 1. *ad leg. falc.*

Oportet, oportebit. verbum *oportet* refertur ad debitum præſentis temporis. verbum *oportebit*, tam præſens, quàm futurum ſignificat, *l. ſi ſtipulatus* 76. *§. cum ſtipulamur* 1. *de ver. obl. l. ſi a colono* 89. *l. cum ſtipulamur* 125. *de verb. oblig. l. verbum oportebit*, 8. *de verb. ſign.*

Actio, petitio, perſecutio. Actio in perſona eſt, petitio in rem, perſecutio ad extraordinarias magiſtratuum cognitiones pertinet, *l. pecuniæ* 178. *§. actionis* 2. *de verb. ſign.*

Eſt, eritve, hic præſens & futurum tempus ſignificant, licet alias etiam præteritum, *l. verbum erit* 123. *de verb. ſign.*

Habes, tenes, poſſides. Habere dicimur & jure dominii, & poſſeſſionis, & meræ detentionis; *tenere* ad factum refertur; *poſſidere* etiam ad jus, *l. ſtipulatio* 38. *§. hæc quoque* 7. *& ſeqq. de verb. oblig. l. habere* 188. *de verb. ſign.*

Dolove malo feciſti. quia parem eſſe conditionem oportet ejus, qui quid poſſideat, vel habeat, atque ejus, cujus dolo malo factum ſit quominus poſſideret, vel haberet, *l. parem* 150. *de verb. ſign.* Et ſemper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus eſt, ac ſi haberet, *l. ad ea* 157. *§. ſemper* 1. *de verb. ſign.*

Aulus Agerius nomen eſt fictum Civis Romani, adeoque pertinet ad quemcumque, uſus hoc nomine Scævola, *l. Sejus* 27. *ad l. falc. l. qui Romæ* 122. *§. Agerius* 4. *de verb. oblig.* Modeſtinus, *l. tutor* 41. *§. ab Aulo Agerio* 2. *de uſuris.* ſicuti nomine Ageriæ uſus eſt Julianus, *l. mortis cauſa* 18. *§. Titia* 2. *de mortis cauſ.*

Numerius Negidius, etiam eſt nomen fictum. Numerii nomine uſus eſt Papinianus. *l. alio* 9. *de alim. leg.* & Scævola, *l. Seja* 28. *§. fundum* 1. *ad S. C. Vellej.*

Nigidii, ſive *Negidii* idem Scævola, *l. Sempronio* 33. *§. codicillis* 2. *de uſu & uſufr. leg. Nigidii*, Modeſtinus, *l. Gajus* 16. *de excuſat.* *Numeriæ* nomine Scævola, *l. Sejus* 10. *§. emtor* 1. *de reſc. vend. Nigidiæ* Paulus *l. ſi mihi* 92. *de leg.* 3.

ULPIA-

Digitized by Google

ULPIANUS Libro septuagesimo primo ad Edictum. in l. si alius 7. §. est & alia 4. quod vi aut clam.

Est & alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit objicienda. ut puta si incendii arcendi causa vicini ædes intercidi. & quod vi aut clam mecum agatur, aut damni injuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret, quod incendii defendendi causa factum non sit? Servius autem ait, si id magistratus fecisset: dandam esse. privato non esse idem concedendum. si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eò pervenisset: simpli litem æstimandam. si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret. quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, æque perituris ædibus. Quòd si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit: non idem erit dicendum, quia non ex postfacto, sed ex præsenti statu damnum factum sit, nec ne, æstimare oportere Labeo ait.

COMMENTARIUS.

I. In ædibus Titii ortum fuit incendium: ego cum timerem, ne id ad me veniret, incendii arcendi causa, vicini ædes intercidi, hoc est, Mævii ædes, quæ mediæ erant inter ædes Titii incendio correptas, & meas, dissipari. Quæritur an interdicto, *quod vi aut clam*, aut actione *damni injuria*, ex lege conveniri debeam, & si conveniar, an me tueri possim hac exceptione. *Quod incendii defendendi causa factum sit.* Ait Ulpianus, Celsum dubitare, an excipi oporteret, *quod incendii defendendi causa factum non sit.* Quasi Celsus ita adversus exceptionem disputaret: Quo tandem pacto potero ego hanc exceptionem opponere, *quod incendii defendendi causa factum sit*, si incendii defendendi causa factum non fuit? Accepit Celsus hanc dubitandi rationem a Gallo Aquillio, cujus discipulus Servius Sulpicius acute animadvertit, facti quaestionem esse, ædificii intercisio jure-ne, an injuria facta sit. Magistratum itaque distinxit a privato. Si id Magistratus fecisset, facilius ei convento danda est exceptio, propterea quod pro honore magistratus cogitare debemus, eum nihil temere fecisse, sed cogente necessitate, nam ut ajebat Seneca Pater, *Lib. IV. Controvers. in excerptis controv.* 4. *Necessitas est, quæ navigia jactu exonerat. necessitas est, quæ ruinis incendia opprimit. necessitas est lex temporis.* Enimvero si adversarius Magistratum injuriæ clarum convinceret, id est, si contra ostenderet ignem non fuisse probabiliter perventurum in ædes meas, Magistratui exceptio minime proderit. Videamus quid Servius de privato senserit. Si ego privatus id fecissem, exceptio difficilius mihi dabitur, nisi probem futurum fuisse probabiliter, ut ad meas ædes ignis perveniret. Summa disputationis Servii eò redit, ut si eo pervenisset ignis, id est, eò potuisset pervenire; ego qui sum reus, absolvendus sim: si eò non pervenisset, hoc est, si non potuisset eò pervenire, simpli lis æstimetur, id est, quanti actoris interest, *l. semper* 15. *§. hoc interdicto* 7. *& §. sed quod* 9. *quod vi aut clam.* Idem existimavit, si damni

injuria agatur ex lege Aquillia, addita ratione, *quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur* (qui ædes intercidit) *æque perituris ædibus*. Cessante autem injuria, cessat legis Aquilliæ ratio, *l. si servus* 27. *§. tertio autem* 5. *ad leg. Aquill.* Audivimus supra Celsum dubitantem; audiamus nunc decidentem apud Ulpianum, *Lib. IX. Disputationum*, cujus hæc sunt verba, *l. si quis* 49. *§.* 1. *ad leg. Aquill. Quod dicitur damnum injuria datum Aquillia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum: ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia, vicinas ædes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquilliæ actionem: justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas ædes intercidit: & sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat, legis Aquilliæ actionem cessare.* Huc usque Ulpianus, ex cujus disputatione apparet, ad dandam actionem ex lege Aquillia præcedere debere *injuriam* quæ cessat magna vi *cogente* ad ædium intercissionem: tunc enim *justus metus excusat* ab injuria. Quis autem metus justior, quàm ejus, cujus fortunæ periclitantur? At incendium eò non pervenit, quoniam extinctus est. Quid tunc postea? idne excusat a metu justo? Potuit non extingui, res vicinorum agebatur, nam ut Horatius ait *Lib. I. epist.* 18.

. . . Tua res agitur, paries cum proximus ardet:
Et neglecta solent incendia sumere vires.

Simile exemplum habemus apud Ulpianum, *l. quemadmodum* 29. *§. item* 3. *ad leg. Aquill.*

II. Huc usque disputavimus de interdicto *Quod vi aut clam*, & de actione legis Aquilliæ. At numquid in eum, qui incendii metu vicini ædes intercidit, dabitur illa actio, quàm Prætor pollicetur in eum, qui ex incendio, dolo malo, damni quid dedisse dicetur, quæ actio est in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit: post annum in simplum; itemque in servum & in familiam competit, *l.* 1. *de incend. ruina naufr.*? Minime quidem, nisi dolus malus intervenit. Hujus quæstionis explicationem debemus eidem Ulpiano in *l. quò naufragium* 3. *§. quod Prætor* 7. *de incend.* cujus hæc est disputatio. *Quod ait Prætor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo malo damnum datum sit; nam si dolus malus absit, cessat Edictum.* Deinde Ulpianus Labeonis sententiam per interrogationem, & veræ rationis subjectionem hoc modo impugnat. *Quemadmodum ergo procedit quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini ædificium orto incendio dissipaverim, & meo nomine, & familiæ, judicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum ædium causa fecerim, utique dolo careo: puto igitur non esse verum quod Labeo scribit* (esse item superiorem quæstionem). *An tamen lege Aquillia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum aliàs non posset. & ita Celsus scribit.* Vides ut hic quoque Ulpianus Celsi auctoritate utatur. Audi tamen exceptionem nostra lege propositam. Quod *si nullo incendio id feceris* (vicini scilicet ædes intercideris) *deinde postea incendium ortum fuerit; non idem erit dicendum. quia non ex postfacto, sed ex præsenti statu damnum factum sit, nec ne, æstimari oportere, Labeo ait.*

GRE-

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, CORNELIUS MAXIMUS: SIVE AD QUINTI CORNELII MAXIMI FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE Q. CORNELIO MAXIMO, JURISCONSULTO.

Q. Cornelius Maximus auditorem habuit Trebatium, *l. necessarium* 2. *§. fuit eodem tempore* 45. *de orig. jur.* Ideo Cicero *epist.* 8. *Lib. VII. ad Familiares* Trebatio ita per jocum scripsit. *Cornelio nihil audeo dicere, cujus tu periculo stultus es, quando Te ab eo sapere didicisse profiteris.* Eumdem Cornelium Maximum designavisse Ciceronem in *epist. sequenti*, ubi innuitur Gn. Cornelium parum honesto loco natum fuisse, non audebo dicere. Sic enim legitur in nonnullis exemplaribus. *Gn. Octavius, an Gn. Cornelius? tuus familiaris, summo genere natus, terræ filius, is me, quia scit tuum familiarem esse, crebro ad cœnandum invitat.* Nam præterquam quod verba illa, *an Gn. Cornelius?* addita fuerunt ab Angelo Politiano cujusdam veteris exemplaris auctoritatem secuto, ut ipse profitetur *cap.* 18. *Libri Miscellaneorum*: nostrum Cornelium Maximum non Gn. sed Q. appellatum fuisse, liquido constat ex ipsomet Cicerone, qui *epistola* 17. *ejusd. libri* familiariter jocans cum Trebatio ita scripsit: *Hoc, quemadmodum vos scribere soletis, idem Q. Cornelio videbatur.* Ubi Cicero comprobat Jurisconsultorum morem, qui suas opiniones aliorum sententiis confirmabant, ut majorem auctoritatem dictis suis conciliarent. Præterea observare debemus in *epist.* 8. *&* 17. agere Ciceronem de Cornelio Maximo honorifice, ut Trebatii magistro, non ut ejus familiari despiciendo. Nostri vero Jurisconsulti ea fuit auctoritas, ut Alfenus Varus, *Lib. II. Digestor. a Paullo epitomator.* non dubitaverit ejus sententiam præferre Servii Sulpicii sententiæ, *l. villæ* 16. *§. vinea* 1. *de instr. vel instr. legat.* Placet igitur mihi conjectu-

conjectura acutissimi Antonii Goveani, qui *Lection. variar. Jur. Civil. Lib. I. cap.* 24. in *l. necessarium* 2. *§. fuit eodem tempore* 45. *de orig. jur.* ubi legitur. *Fuit eodem tempore & Trebatius, qui idem Cornelii Maximi auditor*, existimavit emendandum esse, *Quincti Cornelii Maximi auditor.* Dolendum est hujus Jurisconsulti nullum aliud responsum superesse, nisi quod Alfenus Varus, qui per illa tempora vixit, memoriæ prodidit, & Paullus conservavit, *dicta l. villæ* 16. *§. vinea* 1. *de instr. vel instrum. legato.*

ALFENUS Libro secundo Digestorum a Paulo epitomatorum. in l. villæ 16. *§. vinea* 1. *de instructo vel instrumento legato.*

Vinea & instrumento ejus legato, instrumentum vineæ nihil esse Servius respondit. qui eum consulebat, Cornelium respondisse aiebat, palos, perticas, rastros, ligones, instrumenta vineæ esse. quod verius est.

COMMENTARIUS.

I. Vineam & instrumentum legavit testator. A Q. Cornelio Maximo quæsitum est, quid vineæ instrumento contineretur? & respondit palos, perticas, rastros, ligones, instrumenti vineæ esse. Forte consultor erat heres, qui parum deferens (ut credi potest) Q. Cornelii responso, consuluit Servium Sulpicium Jurisconsultum sui temporis principem, *l. necessarium* 2. *§. Mucii* 42. *& §. Servius* 43. *de orig. jur.* juncto Cicerone, *Philip. IX.* Et consuluisse Servium Sulpicium post Q. Cornelium, colligitur ex illis verbis: *qui eum* (id est, Servium Sulpicium, nam Q. Cornelium intelligere nimis esset durum) *consulebat, Cornelium respondisse ajebat.* Consultus Servius respondit, instrumentum vineæ nihil esse, ac proinde nihil deberi ob legatum vineæ instrumentum. Alfenus Varus, Jurisconsultus Cremonensis, unus ex auditoribus Servii, & qui plurimum auctoritatis inter eos habuit, id est, qui postea Consul fuit, *l. necessarium* 2. *§. ab hoc* 44. *de orig. jur.* licet alias soleret præceptoris sui sententiam sequi, *l. nam & Servius* 21. *de orig. jur. l. si is* 25. *qui test. fac. poss.* in hac tamen quæstione, quæ forte coram ipso Alfeno Varo proposita fuit Servio Sulpicio, Cornelii sententiam existimavit veriorem: aut, si non existimavit, sed tantum retulit Cornelii & Servii contrarias opiniones; certe Paulus veriorem esse Cornelii definivit, si ejus, & non Alfeni, ut ego puto, illa verba sunt, *quod verius est.* nam epitomatoris officium est ab alio fuse scripta contrahere, & nihil de suo addere, nisi quid appareat manifeste additum, tanquam aliqua nota, aut nova quædam illustratio. Merito autem prævaluit Cornelii sententia; etenim nullo modo credendum est, testatorem protulisse inania verba: adeoque illis est dandus idoneus sensus, argum. *l. si quis* 26. *de act. emti & vend. l. si maria* 45. *de her. inst. l. in testamento* 106. *de legat.* 1. quæ omnes sunt desumtæ ex eodem *Lib. II. Digestorum Alfeni*, a quo nostra lex. quos Digestorum libros numero quadraginta epitomavit Julius Paulus Jurisconsultus celeberrimus. Atque hæc est hujus loci sententia: usus ejus, ut sciamus, quid heres præstare, & legatarius petere debeat.

GREGO-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
GRANIUS:
SIVE AD
CAII GRANII FLACCI
FRAGMENTUM
COMMENTARII.

C. GRANII FLACCI
VITA.

I. DIONYSIUS Halicarnassensis, scriptor diligentissimus, & gravissimus, *Antiq. Roman. Lib. III. pag.* 178. loquens de Marcio cognomento Anco, quarto Romanorum Rege, ita scripsit: *Cumque his ac similibus verbis omnium animos a bellis ad magnum quietis sobriaeque industriae studium perduxisset, convocatis deinde Pontificibus, sumtos ab eis Commentarios, quos Numa de Sacris conscriptos reliquerat, transcripsit in tabulas, & in foro proposuit legendas quibuslibet; quae tandem vetustate sunt abolitae. Nondum enim in usu erant columnae areae: sed in quernis tabulis incidebantur tam leges, quàm sacrorum ritus: quae tabulae post exactos reges rursum in publicum usum revocatae sunt per summum Pontificem C. Papirium.* Hucusque Dionysius. De eodem Anco Marcio ita scripsit Livius, *Lib. I. cap.* 32. *Qui, ut regnare coepit, & avitae*

gloriæ memor, & quia proximum regnum cætera egregium, ab una parte haud satis prosperum fuerat, aut neglectis religionibus, aut prave cultis, longe antiquissimum ratus sacra publica, ut ab Numa instituta erant, facere, omnia ex Commentariis Regis (Numæ) *Pontificem Maximum in album relata proponere in publico jubet.*

II. His præmissis, facile apparebit quomodo intelligenda, & emendanda sit Pomponii narratio in *l. necessarium* 2. *§. postea* 2. *de orig. jur.* cujus hæc sunt verba. *Tulerunt & sequentes Reges* (loquitur de Regibus Romulo posterioribus, & intelligit leges Curiatas) *quæ omnes conscriptæ extant in libro Sexti Papirii. Omnes*, inquit, in quo a vero videtur aberrasse. neque enim Papirius collegit omnes leges curiatas Regum Romanorum; sed sacros ritus a Numa institutos, ut ex Dionysio discimus; quos ante Papirium alius Pontifex jam in album retulit, ut refert Livius. Ait idem Pomponius leges illas conscriptas extare in libro *Sexti Papirii*, ubi *Sextum* vocat Papirium, quem Dionysius *Gajum* nominavit. Neque loco *Sexti* legi debet *Sexto*; nam si sexto Libro omnes leges Curiatæ continerentur; quænam aliæ locum haberent in quinque libris præcedentibus?

III. Prosequitur Pomponius & ait. *Qui* (Papirius) *fuit illis temporibus quibus superbus* (Tarquinius, postremus Romanorum Rex) *Demarathi Corinthii filius, ex principalibus viris.* Non est dubium fuisse ex principalibus viris, cum patricius esset minorum gentium, ut docuit Cicero *Epistol. ad familiares Lib. IX. epist.* 21. *ad Papirium Patum.* Sed Tarquinium superbum fuisse filium Demarathi Corinthii falsum est. Fuit enim filius L. Tarquinii Prisci, qui cum antea diceretur Lucumo, Lucii prænomen accepit; & cum natus esset Tarquiniis, Tarquinii nomen usurpavit; Priscus autem dictus ad differentiam junioris cognomento Superbi. Fuit autem Priscus filius Demarathi Corinthii. Quæ omnia luculenter narravit Dionysius Halicarnassensis, *Antiquit. Romanar. Lib. III. pag.* 185. & 186. cui adjungi debent Cicero, *Tuscul. Lib. V. cap.* 37. & Plinius, *Natur. Hist. Lib. XXXV. cap.* 3. & *cap.* 12. ubi confirmatur Tarquinium Priscum fuisse filium Demarathi Corinthii. Ergo aut Pomponius erravit, aut pro *filius* legendum *nepos*: nam quod nonnulli viri eruditi dixerunt, filium ibi pro nepote accipi, *l. filii* 84. *l. justa interpretatio* 201. minime convenit Historico. Difficulter etiam crediderim per geminationem ita scriptum, *Demarathi Corinthii* FILIUS, hoc est, *Filii Filius*: nam insolens est hic loquendi modus.

IV. Subjunxit Pomponius hæc verba, *Is liber, ut diximus* (id est qualem descripsimus, vel, si mavis, allusit Pomponius ad ea quæ dixerat in *Enchiridio* suo, & Pandectarum compositores omiserunt) *appellatur Jus Civile Papirianum: non quia Papirius de suo quicquam ibi adjecit; sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.* Appellatum autem fuit *Jus Civile* tum propter rationem generalem quam debemus Ulpiano, *l. omnes populi* 9. *de*

de just. & jure: *nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est: vocaturque Jus Civile, quasi jus proprium ipsius civitatis.* A Rege autem Numa Populi Romani personam sustinente constitutum fuerat. Tum etiam, quia hujus studii (Civilis) duæ sunt positiones; publicum, & privatum. Publicum jus est, quod ad statum Rei Romanæ spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Publicum Jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus *consistit*. Ergo cum Jus Papirianum de sacris ageret ritibus, proprie erat pars Juris Civilis publici. Dictum autem *Papirianum*, ut ex Pomponio didicimus, non quia Papirius de suo quicquam ibi adjecerit, sed quod leges (spectantes scilicet ad Jus Pontificium a Numa constitutum) sine ordine latas, (id est antea inordinatas, utpote latas absque materiarum distinctione, & ordinatione) in unum (corpus) composuit. Simili modo postea appellatum fuit *Jus Flavianum* illud, in quo actiones continebantur, quas Gn. Flavius in lucem protulit, *dicta l. necessarium* 2. §. *postea* 7. *de orig. jur*. Ergo merito Pomponius in *eadem lege* §. 36. Papirium ornavit hoc elogio. *Fuit autem in primis peritus Publius Papirius, qui leges Romanas in unum contulit.* Ubi non immerito Joh. Gottlieb Heineccius plurimis in locis admonuit videri sibi legendum esse, pro *Publius*, *publici juris*, ut ego censeo, *peritus* jungi solet nomini, cujus peritia laudatur. Et verisimile non est, Pomponium vocasse *Publium*, quem paullo antea *Sextum* nominaverat.

V. Maneat igitur Papirianum Jus fuisse Jus Pontificium. Quod præter Dionysii Halicarnassensis allegatum testimonium aliis rationibus probatur. Memorat idem Dionysius *Antiquit. Romanar. Lib. IV. pag.* 245. *& Lib. V. pag.* 278. Tarquinium *Leges a Tullio scriptas, quæ jus æquum faciebant utrique ordini, nec sinebant a patriciis (ut ante) plebejos circumveniri in contractibus, omnes sustulisse.* Quis igitur credet, Papirium Leges Regias ad contractus, & judicia pertinentes collegisse sub tyranno, qui arbitrio suo omnia agere volebat? Præterea allegationes Juris Papiriani, quæ supersunt, omnes referri possunt ad Jus Pontificium.

VI. Atque ut hoc melius intelligatur, sciendum est, Censorinum de *Die Natali, cap.* 3. hoc de Granio Flacco (cujus caussa disputationem superiorem instituimus) memoriæ prodidisse. *Eundem esse Genium & Larem, multi veteres memoriæ prodiderunt: in queis etiam Granius Flaccus in libro, quem ad Cæsarem de Indigitamentis scriptum reliquit.* Indigitamenta sunt Ἱερατικὰ Βιβλία, id est, Libri Sacri, ut Lexicon Latino Græcum Vetus Glossarii nomine inscriptum nos docet; vel si mavis, Deorum invocationes, ut colligitur ex Macrobio *Saturnal. Lib. I. cap.* 17. Is igitur Granius Flaccus scripsit de Jure Papiniano, ut testatur Paullus, *Lib. X. ad Legem Juliam & Papiam, l. libro memorabilium* 144. *de verb. sign.* ubi Granius Flaccus illustravit legem illam Numæ memoratam a Festo *v. Pellices.* PELEX. ASAM. JUNONIS.

NONIS. NEI. TAGITO. SEI. TAGIT. IVNONI. CRINEBOS. DEMISEIS. ACNOM. FEMINAM. CÆDITO. quam legem Granius Juri Pontificio merito inseruit, quia pertinet ad Matrimonii religionem. Matrimonium autem, sive nuptiæ, sunt conjunctio maris & feminæ, & consortium omnis vitæ: divini & humani juris communicatio, *l.* 1. *de ritu nupt.*

VII. Idem confirmatur testimonio Festi in *v. ricæ*, ubi ita scriptum. *Granius quidem ait esse muliebre cingulum capitis, quo pro vitta Flaminica redimitur.* Cum scilicet sacrificium faceret, ut constat ex Varrone, *Lib. IV. de Lingua Latina.* Sic *rica a ritu, quod Romano ritu sacrificium feminæ cum faciunt, capita velant.* De qua Varronis notatione censeto, uti volueris. Illud certissimum est, apud Macrobium, *Lib. XIII. Saturnal. cap.* 11. longum extare Juris Papiriani fragmentum, unde discimus in Papiriano Jure evidenter relatum esse, aræ vicem præstare posse mensam dicatam. Fragmentum autem illud, cum nullum contineat archaismum, proculdubio tribuendum est Granio Flacco, qui, uti diximus, librum scripsit *de Jure Papiriano*, quod antiquitus vocatum fuit Papisianum, a collectore suo Papisio, nam literam R invenit Appius Claudius, ut refert Pomponius, *l. necessarium* 2. *§. fuit autem* 36. *de orig. jur.* circa A. scilicet U. C. CDV. ideoque Papirii dicebantur antea Papisii, ut docuit Cicero, *Lib. IX. epistol. ad familiares* in erudita *epist.* 21.

PAULUS Libro decimo ad legem Juliam & Papiam in l. libro 144. *de verb. signif.*

Libro memorialium Massurius scribit, pellicem apud antiquos eam habitam, quæ cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de jure Papiriano scribit, pellicem nunc volgo vocari, quæ cum eo cui uxor sit, corpus misceat. quosdam eam quæ uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam ΠΑΛΛΑΚΗΝ *Græci vocant.*

COMMENTARIUS.

I. Agitur hic de significatione Pellicis, deque ea variæ afferuntur sententiæ. Prima Massurii Sabini: secunda Granii Flacci: tertia quorundam aliorum. A secunda, quæ antiquior est, incipiamus.

Inter Numæ Pompilii leges, quas diligentissime omnium collegit, & brevibus notis illustravit Fulvius Ursinus, eruditionis Romanæ lucidissima fax, hæc una est. PELEX. ASAM. IVNONIS. NEI. TAGITO. SEI. TAGIT. IVNONI. CRINEBOS. DEMISEIS. ARNOM. FEMINAM. CAIDITO. Vide Sex. Pompeium Festum in *Pellices*: & A Gellium, *Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 3. eos

eos invicem confer, & emenda, uti ego, sequentibus ex antiquitate probationibus additis. Scribitur *Pelex uno* lambda; *antiqui enim litteram non geminabant*, ut ait Festus in *Ab oloes*. *Asam* pro *aram*. Placidus in Glossis: *Hasenam dicebant antiqui pro harenam*; *ut asas, quas nos aras; & lases, quos nos lares dicimus*. Didicit hoc glossator a M. Varrone, cujus testimonium conservavit Macrobius *Saturnal. Lib. III. cap.* 2. his verbis. *Varro Divinarum libro quinto dicit aras primum asas dictas; quod esset necessarium a sacrificantibus eas teneri. ansis autem teneri solere vasa quis dubitet? commutatione ergo litterarum aras dici coeptas, ut Valesios & Fusios, nunc Valerios, & Furios dici*. Adde Servium *ad Æneid. Lib. IV. ver.* 219. Epitomatorem Festi *in littera R.* & Pomponium, *l.* 2. *de orig. jur. §. fuit autem* 36. Est autem *Ara Junonis*, conjugalis viri lectus. Vide Festum in *jugarius vicus*, ubi fuerat ara Junonis Jugæ, quam putabant matrimonia jungere. *Nei* pro *ne*. Consule a Fulvio Ursino collectas leges. *Tagito* pro *tangito*. Pacuvius in *Teucro*, & *Hermiona*, apud Festum, in *Tagit*. *Sei*, pro, *si*, vide Leges Regias. *Crinebos*, pro *crinibus*, adi Gellium, *Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 3. *Demiseis*, pro, *demissis* ex consuetudine prisca. Crines autem demittere signum erat tristitiæ, ut indicavit Ariadne apud Ovidium in *epist. ad Thesеum*.

Aspice demissos lugentis more capillos.

Porro si pellices Lupi Garciæ de Salazar simul ire vellent ad cædundum Junoni agnos feminas; longus esset processus: tot enim habuit pellices, ut ex eis susceperit centum & viginti filios filiasque, & tamen centenarius obiit. Vide lepidam narratiunculam apud Gundizalvum Argote de Molina, *Lib. II. Historiæ de Nobilitate Andaluziæ, cap.* 235. *fol.* 338. *Arnom*, pro *agnum*, vide Festum in *arnæ*. De agno usurpatione feminina, vide eundem in *agnus*. *Caidito*, pro, *cædito*, adi Gellium *dicto Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 3. Ne multus sim, probationes alias omitto. Hæc cum ita sint, superioris legis sententia hæc est. *Pellex conjugalem alicujus viri lectum, qui ara Junonis est, ne contaminato. Si contaminabit, Junoni crinibus demissis agnam cædito*. Atque hæc erat adulterii pœna, infamis illa quidem, sed mitis, cum major amor pudicitiæ moraretur in terris. Postea libidine per omne vetitum nefas irruente, majores & dignæ pœnæ inventæ. quò pertinent tituli *Pand. & Cod. ad leg. Jul. de adult.* Papinianus singulari libro, de *Adulteriis*, & præterea duobus, & Paulus tribus.

II. Cum explicaret hanc legem Granius Flaccus, scripsit, *Pellicem nunc* (id est suo tempore, scripsit autem post Sex. Ælium, ut refert Arnobius *Lib. III. adversus Gentes*) *vulgo vocari, quæ cum eo cui uxor sit, corpus misceat*. Hanc significationem comprobat Sex. Pompejus Festus. *Pellices* (inquit) *nunc quidem appellantur alienis succumbentes, non solum feminæ, sed etiam mares. Antiqui eam proprie pellicem nominabant, quæ uxorem habenti nubebat. cui generi mulierum etiam pœna constituta est a Numa Pompilio hac*

 lege:

lege: *Pelex &c.* idem ſentit Gellius *Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 3. *Pellicem autem* (ait) *appellatam, probroſamque habitam eam, quæ juncta conſutaque eſſet cum eo, in cujus manu mancipioque alia matrimonii cauſa foret, hac antiquiſſima lege oſtenditur, quam Numæ Regis fuiſſe accepimus: Pelex &c.* Huc etiam pertinet illuſtre aliud ejuſdem Gellii teſtimonium ex *Lib. XIII. Noct. Atticar. cap.* 4. quod ſic habet. *Nam cum is* (ſcilicet Alexander Magnus) *ad matrem ita ſcripſiſſet: Rex Alexander Jovis Hammonis filius Olympiadi matri ſalutem dicit. Olympias ei reſcripſit ad hanc ſententiam: Amabo, inquit, mi fili, quieſcas: neque deferas me, neque criminere adverſum Junonem. malum mihi prorſum illa magnum dabit, cum tu me litteris tuis pellicem illi eſſe confiteris.* Mirifice his conſonat (ut innumera alia prætercam) verſiculus ille Junonis apud Senecam initio *Herculis furentis*:

Locumque cœlo pulſa, pellicibus dedi.

Et ille alter Plauti in *Mercatore act. IV. ſc.* 1. ubi Syra anus ait:

I hâc mecum, ut videas ſimul
Tuam Alcumenam pellicem, Juno mea.

III. Secunda ſententia relata a Paulo circa ſignificationem Pellicis ait: ſcribere *quoſdam, eam eſſe, quæ uxoris loco ſine nuptiis in domo ſit, quam παλλακὴν Græci vocant.* His aſſentit Nonius Marcellus in *pellices.*

IV. Has ſignificationes in concordiam facile rediget quicumque ſequatur Maſſurium Sabinum, Juriſconſultum celeberrimum. *Is Libro Memorialium* (quo in Libro non conſtat, cum primi Memorialium mentionem fecerit Gellius, *Lib. VI. Noct. Atticar. cap.* 7. Libri ſecundi, Macrobius, *Lib. III. Saturn. cap.* 6. Libri ſeptimi, Gellius, *Lib. IV. cap.* 20. Libri undecimi, idem Gellius, *Lib. V. cap.* 6. & fortaſſe Maſſurius plures ſcripſit) *is*, inquam, *Libro Memorialium ſcripſit, pellicem apud antiquos eam habitam, quæ cum uxor non eſſet, cum aliquo tamen vivebat*, id eſt conſuetudinem habebat. Sive itaque mulier cum eo, cui uxor ſit, corpus miſceat; ſive ſit cum eo, cui non ſit uxor, & in domo ejus vivat; immo etſi alibi habitet, pellex erit: *quam nunc* (Maſſurii tempore, id eſt, ſub Auguſto, & Tiberio, ſub quibus Maſſurius vixit, *l. neceſſarium* 2. §. *poſt hunc* 47. *de orig. jur.*) *vero nomine amicam, paulo honeſtiore concubinam appellari ſcribit* laudatus Maſſurius. Quod de amicæ nomine ait, inde manifeſte probatur, quod ab *amore* dicitur *amica*, etiamſi turpis amor, Feſtus in *v. amicitiæ.* Verum itaque amicæ nomen eſt: id eſt, propria ſignificatione acceptum. Pellicem autem *amicam* dici, & promiſcuum eſſe horum nominum uſum, probat Martialis obſcœno verſu *epigram.* 42. *Libri IX.* Quod autem ait Maſſurius, *pellicem paulo honeſtiore nomine Concubinam appellari*, explicatione indiget latiori. Meretrices, mulieres ſcilicet, quæ corpore quæſtum faciebant, apud Romanos erant probroſæ, *l. probrum* 41. *de ritu nupt.* Concubinæ non item, *l.* 1. §. *cum Atilicino* 1. *&* §. *cujuſcumque* 4. *de concubin. l. in concubinatu* 3. *eod. l. ſi uxor* 13. *ad leg. Jul.*

Jul. de adult. Meretrices dici ſolebant amicæ. Harum itaque nomen cum opponitur concubinis, minus honeſtum eſt. Concubinæ, honeſtius. Breviter & elegantiſſime Euſtathius, *ad Iliad. θ. Concubinas*, inquit, *habere legibus permiſſum erat, & Concubinæ nomen probroſum non erat.* Præterea *amicæ* nomen conveniebat etiam adulteris. quo pertinet illud Ciceronis *ad Atticum, Lib. X. epiſt.* 10. ubi loquens de M. Antonio ita ſcripſit. *Hic tamen Cytheridem ſecum lecticâ apertâ portat, altera uxorem: ſeptem præterea conjunctæ lecticæ amicarum ſunt, an amicorum?* Sive igitur pellicem intelligas adulteram, ſive mulierem vagæ libidinis, concubinæ nomen eis oppoſitum eſt honeſtius, ut ajebat Sabinus; vel, ut nos dicere debemus, minus turpe.

V. Nunc inveſtigandum ſupereſt, quam ob cauſam Paulus *Lib. XI. ad leg. Papiam* hanc quæſtionem moverit. Ego in re, in qua omnino conjecturis eſt opus, ſic exiſtimo. Cum in jure de Pellice ſermo eſt, hoc quæri poteſt, an ea jure haberi poſſit; & ſi poſſit haberi, quis, & quam habere poſſit. Hoc ſuppoſito ſic ſtatuendum arbitror. Aut accipitur pellex pro amica, & concubina, ea ſcilicet, quæ nec maritum habeat, nec ſe miſceat cum aliquo, qui in matrimonio ſit; aut pro ea, quæ cum eo cui uxor ſit, corpus miſceat. Si hoc poſteriori modo, adulterium committitur, & lege Julia de adulteriis prohibitum, pœnis coërcetur, *tit. ad leg. Jul. de adult.* Papinianus *Libro ſingulari, & duobus aliis de adulteriis.* Paulus, *Libro ſingulari, & tribus aliis de adulteriis.* Adde *l. unic. Cod. de concubin. l. ult. in fine de divort. l. ex ea parte* 121. *§. mulier* 1. *de verb. oblig.* Paulum, *Lib. II. Sent. tit.* 20. *l. ſi quis* 3. *Cod. com. de manumiſſ.* Et eſt contra bonos mores, *l. ex ea parte* 121. *§. mulier* 1. *de verb. oblig.* Eò pertinet Dionyſii Catonis prudentiſſima monitio.

Cum conjux tibi ſit, ne res & fama laboret,
Vitandum ducas inimicum nomen amicæ.

VI. Si vero pellex accipitur pro ea, quæ ſine adulterio, & ſtupro jure Civili permittente conſueſcit; & vero nomine amica, atque reſpectu pellicis honeſtiore nomine concubina dicitur, haberi poteſt, ut nunc explicabo. Conſtat Leges Juliam & Papiam ſobolis procreandæ cauſa latas fuiſſe, *l. hoc modo* 64. *de cond. & dem.* de quo Lex Julia egit parte illa quæ nominatur *de maritandis ordinibus*, *l. adigere 6. de jure patr. l. nec patronis 6. §. qui autem* 1. *Cod. de oper. libert.* Suetonius *in Octavio*, *cap.* 34. Apulejus *in Apologia.* Quæ cauſa fuit ut Horatius in *Carmine ſæculari* Legem Juliam, quæ in Papiam poſtea inſita fuit, *Legem maritam*, *proliſque novæ feracem*, elegantiſſime vocaverit. Præterea veriſimile eſt, legem incitaſſe matrimonia juſta, & a concubinatu illos prohibuiſſe, qui matrimonia juſta contrahere poterant. Infertur hoc ex eo, quod nec cœlibibus omnino concubinatus permiſſus, ſed quatenus nuptiis legitimis non obſtaret. Aperte indicat hoc Auguſti locus apud Dionem, *Lib. LVI. pag.* 576. ubi ſic invehitur

vehitur in cœlibes: *Neque enim adeo solitudo vos vivendi capit, ut absque mulieribus degatis, ac non quilibet vestrum mensæ ac lecti sociam habeat: sed licentiam libidini vestræ exercendæ quæritis.* Quapropter, qui uxorem habere non poterat, ut qui Officium in aliqua Provincia administrabat, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, *l. si quis* 38. *de ritu nupt.* eam concubinam habere poterat, *l. ult. de concubinis.* Sexagenarii etiam, qui lege Papia nuptias contrahere non poterant, testibus Suetonio, *in Claudio, cap.* 23. Seneca, *apud Lactantium, Lib. I. de falsa religione, cap.* 16. & Ulpiano *in fragm. tit.* 16. *de solidi capacitate* §. 1. concubinas habebant jam quinquagenarias, *argum. l. sancimus* 27. *Cod. de nupt.* Eodem modo Latini, qui nuptias contrahere non poterant, utpote non cives, Ulpianus *in fragm. tit.* 3. *de Latinis, Justinianus, princ. Instit. de nuptiis*, concubinas habebant.

VII. Hæc quæ diximus, veriora apparebunt, cum viderimus, quas mulieres in concubinatu habere liceret: quod nunc distincte proponendum ex Marciano, *Lib. XII. Institutionum in l. in concubinatu* 3. *de concubinis.* Marciani verba sunt hæc: *In concubinatu potest esse & aliena liberta, & ingenua, & maxime ea, quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit: alioquin si honestæ vitæ, & ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente, non conceditur: sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.* Ait Marcianus, *& aliena*, hoc est: non tantum propria liberta in concubinatu esse potest, *l. si quis* 3. *Cod. comm. de manum. l. hæc ratio* 3. §. *videamus* 1. *de donat. inter vir. & uxor.* ita ut matronæ nomen non amittat, *l. probrum* 41. §. *& si qua* 1. *de ritu nupt. l. cum tabulis* 16. §. *quoniam* 1. *de his quæ ut indign. l. si uxor* 13. *ad leg. Jul. ad adulter. l. &* 2. *de concub.* sed etiam aliena liberta in alterius quam patroni concubinatu esse potest, *l. probrum* 41. §. *& si qua* 1. *de ritu nupt. l. quod ait* 11. *in fine de divort.* dummodo si aliena sit, patronus id permittat, & eodem tempore non sit in sui patroni concubinatu, *l. quod ait* 11. *in fine princ. de divort.* ne eo pactu stuprum committatur, *l. semper* 42. *de ritu nupt. l. cum tabulis* 16. §. *quoniam* 1. *de his quæ ut indign. l. si uxor* 13. *ad leg. Jul. de adult. l. liberta* 46. *de oper. libert.* Ad hunc modum habendi libertinas in concubinatu adlusit Plautus in *Epidico actus III. sc.* 4. *ver.* 29.

Ego illam hodie volo facere libertam meam,
Mihi concubina quæ sit.

Et apud eundem in *Cistellaria, actus I. sc.* 1. *ver* 39.

Erunt depressum:
Quia nos libertinæ sumus, & ego & tua mater ambæ
Meretrices fuimus.

& Horatius *Satirar. Lib. I. satir.* 2. *ver.* 47.

Tutior

Tutior at quanto merx est in classe secunda,
Libertinarum dico, Sallustius in quas
Non minus insanit, quàm qui mœchatur.

Semper autem supponere debemus, ne libertina sit consanguinea, aut affinis in gradu, quo incestum committitur, *l. eos qui* 65. *de ritu nupt. l.* 1. §. *si qua* 3. *de concub. l. adoptivus* 14. §. *sed &* 2. *de ritu nupt.* Glossographi Basilicor. *Lib. LX. tit.* 37. *in princ. ad l.* 56. Photius in *Nomocanone, tit.* 13. *cap.* 5.

VIII. Ait deinde Marcianus: *& ingenua.* Vopiscus refert, Aurelianum Imperatorem vetuisse habere ingenuas mulieres in concubinatu. Sed qui ingenuam vult habere concubinam, hoc attestari debet. Testatio ideo requirebatur, ut ingenua mulier concubinatui consentiens propter inhonestum vitæ genus, quod suscipit, vindicare stuprum non posset, instar earum, quæ deposito matrimoniali cultu licentiam stupri apud Ædiles vulgabant, in quas stupri pœna cessabat; quia satis pœnarum adversus impudicas in ipsa professione flagitii creditum, ut in simili Tacitus ait *Libro II. Annal. in fine.* Hoc si fiat, tunc adulterium non committitur, id est, stuprum, *l. inter stuprum* 101. *de verb. sign. l. inter liberas* 6. §. *lex* 1. *ad leg. Jul. de adult.* Hinc lucem capiunt Marciani verba. *Alioquin, si honestæ vitæ, & ingenuam mulierem in concubinatu habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente*, non conceditur: *sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere.* Hinc etiam lucem accipit *lex Titiæ amitæ* 35. *de auro & arg. leg.* verbis illis: *cum qua sine mendacio vixi*, hoc est, quam concubinam duxi, & habui, non falsa spe, aut mendacio, sed attestatione. Atque hinc est, quod hujusmodi mulier, quæ alias inhonesta amica dici posset; propter attestationem paulo honestiore nomine *Concubina* dicitur. Talem sine dubio habuit S. Augustinus cum peccator erat, ut ipse de se fatetur *Conf. Lib. IV. cap.* 2. *In illis annis unam habebam, non eo, quod legitimum vocatur, conjugio cognitam; sed quam indagaverat vagus ardor inops prudentiæ; sed unam tamen, ei quoque servans tori fidem.*

IX. Ait etiam Marcianus: *& maxime ea, quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit.* verbis illis, *quæ obscuro loco nata est*, intelligi videtur ea cujus pater materve artem ludicram fecerit, *l. lege Julia* 43. *de ritu nupt.* Corpore quæstum fecisse dicitur meretrix. eæ autem maxime esse possunt in concubinatu, quia testatione non indigent. ratio est, quia in has stuprum non committitur: ergo recte Ulpianus cum Atilicino sensit, & putat, solas eas haberi in concubinatu posse, sine metu criminis in quas stuprum non committitur, *l.* 1. §. *cum Atilicino* 1. *de concubin. l. quæ adulterium* 29. *Cod. ad leg. Jul. de adult.* Hujusmodi concubinæ erant, de quibus Paulus *Lib. XIX. Responsorum* dixit, *concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet, l. concubinam* 4. *de concub.* Disertius hoc ipsum idem Paulus docuit, *Lib. II.*

Sentent. tit. 20. *de concubinis*, inquiens, *Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.* (adde *l. unic. Cod. de concub. & l. ult. Cod. comm. de manum.* unde explicanda est *lex Ex ea parte* 121. *§. mulier* 1. *de verb. oblig.*) *Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.* ubi *dilectum* cum antiquo Pauli interprete intellige dilectionem. Ideo *amica* dicitur, *l. Titiæ* 35. *l. medico §. mulier* 2. *de auro arg. legat.* & quia cum quasi marito vivit, *convictrix*, apud Gruterum, *pag. DCCXCV. num.* 8. quia cum eo cubat, *concubina*: concubinatus autem per leges nomen assumsit, ut ait Marcianus, *l. in concubinatu* 3. *§. nec adulterium* 1. *de concubin.* ubi leges intellige Juliam & Papiam Poppæam, quas non puduit honestum dare nomen delicto, prætextu prolis augendæ. Ideo a Juliano Antecessore, *Nov. XVIII.* dicitur *legitimæ uxoris imitatrix.* Verum concubinatus dicitur *inæquale conjugium*, *l. si quis* 3. *Cod. de natur. lib.* opposite scilicet ad justum conjugium, *l.* 1. *Cod. Theod. de colleg.* Propter justi matrimonii imitationem, jure Romano cujuscumque ætatis concubinam habere (quem) posse palam est: nisi minor annis duodecim sit, ut ait Ulpianus, *l.* 1. *§. ult. de concub.* proculdubio ut viripotens sit, *princ. Inst. de nupt.* Propter rationem supradictam liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt: quia minus religiosam & probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt, *l. liberi* 4. *Cod. de nupt.* nimirum, quia patris concubina est loco novercæ. si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit; jure quidem mariti accusare eam non poterit, quæ uxor non fuit: jure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur: si modo ea sit, quæ in concubinatu se dando matronæ nomen non amisit, ut puta quæ patroni concubina fuit; *l. si uxor* 13. *in princ. & §. plane* 1. *ad leg. Jul. de adult.*

X. Quæ cum ita sint, mirum non est, non minus concubinæ, quàm uxori legari posse; nam ad legati capacitatem quod attinet, concubina ab uxore non differt, *l. qui concubinatu* 29. *l. uxorem* 41. *§. concubinæ* 5. *l. item* 49. *§. parvi autem* 4. *de legat.* 3. *l. cum tabulis* 16. *§. quoniam* 1. *de his quæ ut indign.* Unde quod ei relinquitur, non aufertur, quemadmodum auferretur ei ut indignæ, si contra leges ducta, vel stupro cognita fuisset, *l. Claudius* 13. *l. mulierem* 14. *l. cum tabulis* 16. *§. quoniam* 1. *de his quæ ut indignis auferuntur*, *l. cum hic status* 32. *§. ult. de donat. inter vir. & uxor.* Et fortasse Marcianus supra allegatus, in *§. nec adulterium* 1. *legis in concubinatu* 3. *de concubinis*, desumta ex *Libro XII. Institutionum*, de hoc disputavit: nam præcedenti libro egisse videtur *de ereptitiis*, ut colligitur ex *l.* 1. *&* 2. *de his quæ ut indignis.*

XI. Hinc explicandus est obscurus Papiniani locus *in l. cum tabulis* 16. *§. quoniam* 1. *de his quæ ut indign.* Libertina quædam passa fuit, se concubinam esse exempli causa Titii, qui non erat patronus; patrono scilicet mortuo, vel eo permittente, *l.* 1. *in princ. de concubinis.* Constat hoc casu non

non admitti adulterium per concubinatum: nam quia concubinatus per leges nomen assumsit, extra legis pœnam est, ut Marcellus *Lib. VII. Digestor.* scripsit, *dicta l. in concubinatu* 3. §. *nec adulterium* 1. *de concubin.* Titius moriens testamentum fecit, & concubinæ aliquid reliquit. Quæritur an Concubinæ relictum ereptitium sit? Et ait Papinianus, actionem non denegandam (illius) quod testamento relictum est ejus, qui concubinam habuit, quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur. Responsum suum confirmavit Papinianus fortiori exemplo. Coccejus Cassianus Clarissimus vir, hoc est, Senator, *l. feminæ* 8. *de Senatoribus*, Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat. Plenus honor intelligi debet, quem ipse Papinianus vocavit *maritalem* honorem, *l. donationes* 31. *de donat.* adeoque Coccejus Cassianus Rufinam habuit uxoris loco. Is Cassianus testamento suo instituit neptem suam, eidemque coheredem dedit Rufinæ filiam, vocans eam *alumnam.* Fiscus controversiam movit Rufinæ filiæ, cui ajebat, Cassianum nihil relinquere potuisse, ne alioquin fraudem faceret legi tacite relinquens matri per filiam, ut hoc modo Rufina mater adquireret: quæ cum quæstum corpore fecisset, non potuit esse uxor Cassiani Senatoris. atque hac suspicione motus tacitum fideicommissum impugnabat Fiscus. Sed Imperatores, Severus, & Antoninus, quos Papinianus vocavit optimos maximosque Principes, judicaverunt, nihil eripi debere Aufinæ filiæ: *nam vulgo quæsitam apparuit.* hoc est, probatum fuit, Rufinam, antequam Cassiani consuetudini se daret, vulgo quæsiisse illam filiam datam coheredem Cassiani nepti: & idcirco Cassianus vocavit eam *alumnam;* aliter enim appellasset eam filiam suam. Quapropter Rufina non fuerat Cassiani uxor, etsi Cassianus eam honore pleno dilexerat, quia inter Senatorem & mulierem vulgarem concubitus esse non poterat, *l. probrum* 41. *l. palam* 43. *de ritu nupt.* Neque stuprum Cassianus in Rufinam commiserat, quia in eas quæ corpus suum vulgarunt, stuprum Jure Romano *non committitur*, *l.* 1. §. *cum Atilicino* 1. *de concub.* Cumque itaque Rufina & ingenua esset, & talis, ut in eam stuprum posset committi, secundum leges, Cassiano fuit concubina; concubinæ non solum fideicommissa capere poterant, *l. quidam* 30. *de legat.* 2. sed etiam donationes, *l. donationes* 31. *de donat. l. si prædia* 58. *de donat. inter vir. & uxor.* Quod si mater a quasi marito accipere poterat, multo magis ejus filia vulgo quæsita. Unde, ut ad speciem initio propositam a Papiniano redeamus, Rufinæ concubinæ filia, ac per consequens ipsa Rufina concubina testamento capere potuit relictum a Coccejo Cassiano, quasi marito suo, quod nullum est stuprum in mulierem vulgarem, qualis supponitur Rufina: ergo libertina Titii concubina potuit capere a Titio; quia nullum est stuprum in libertinam. In hoc igitur concubinæ erant melioris conditionis, quàm legitimæ uxores, quòd solidum capere poterant, contra quam illæ, Ulpianus *in fragm. tit.* 15. *de decimis*, & 16. *de solidi capacitate inter virum &*

 uxo-

uxorem, & *argumento* ducto a contrario sensu ex *l. miles* 41. *§. mulier* 1. *de test. mil.* cujus explicatio petenda est a Papiniano, *l. mulierem* 14. *de his quæ ut indign.* Donationes quoque in concubinam validæ erant, *l. donationes* 31. *de donat.* neque mirum cum validæ essent in meretrices, *l. affectionis* 5. *ejusd. tit.* etsi de Domitiano ita legamus apud Suetonium, *cap.* 8. *Probrosis feminis lecticæ usum ademit: jusque capiendi legata hereditatesque.* optimo jure ne testantium propinqui illis postponerentur. Donationes autem inter virum & uxorem prohibitæ fuerunt, ut notissimum est.

XII. In aliis vero rebus multum differebant concubinæ a legitimis uxoribus. nam concubina poterat esse ancilla, *l. si quis* 3. *Cod. commun. de manum.* quæ erat incapax connubii, quod teste Servio *ad Virgilium I. Æneid. v.* 77. *erat jus legitimi matrimonii.* uxor vero legitima non poterat esse ancilla: imo neque peregrina, teste Papiniano *Lib. XV. Responsorum in Mosaïcarum & Romanarum legum collatione, tit.* 4. *de adult. §.* 5. & Seneca, *Lib. IV. de Beneficiis*, *cap.* 35. ubi sic ait: *Promisi tibi filiam in matrimonium: postea perigrinus apparuisti. non est mihi cum externo connubium.* ergo neque civi cum peregrina, sive externa: quia contrahentes matrimonium debent esse Cives Romani, *princ. Instit. de nupt.* Cum vero ancillæ erant concubinæ, si forte vendenda erant debitoris bona, excipiebantur ejus concubina, & liberi naturales, *l. bonis venditis* 38. *de reb. auc. jud. poss.* quia videlicet generali obligatione ea non continentur quæ verisimiliter quis obligaturus non fuisset, *l. obligatio* 6. *de pignor. & hypoth.*

XIII. Hodie concubinatus damnatus est, *Novel. Leonis XCI. Cap. nemo* 4. *causa* 32. *quæst.* 4. Concilium Tridentin. *sess. XXIV. de Reformat. cap.* 8. Neque ullo modo opponitur *Cap. si quis* 4. *dist.* 34. desumtum ex Concilio Toletano *I. cap.* 17. imo capite illo confirmatur concubinatuum prohibitio. nam initium ejus capitis sic se habet. *Si quis habens uxorem fidelem*, (hoc est, baptizatam) *si concubinam habeat, non communicet.* vide pœnam concubinatus, communionis scilicet prohibitionem. Sequentia vero explicatione brevi facile intelligentur. *Ceterum qui non habet uxorem* (loquitur Concilium de uxore sollemniter ducta) *& pro uxore concubinam habet* (sine juris civilis requisitis ductam, quod optime sciebat Gratianus, ut videre est in ejus nota præcedenti capiti subjecta: veluti cum concubina habita pro uxore est ancilla, aut peregrina, aut ad morganicum ducta) *a communione non repellatur*; *tantum* (animadverte conditionem a Concilio requisitam, secundum matrimonii institutionem) *ut unius mulieris*, (sequitur *mulieris* explicatio) *aut uxoris*, (id est, sollemniter ductæ) *aut concubinæ* (hoc est, non ita ductæ) *prout ei placuerit, sit conjunctione contentus.* quia nimirum Ecclesia solum requirit unius viri, & unius mulieris, justæ ætatis, consensum in matrimonium, auctore animarum Curione. *alias vero vivens*, (hoc est, aliter vero concubinam habens, quæ non sit pro uxore, sive, quod idem est, quæ jure gentium non sit vera uxor) *abjiciatur*, *donec de-*

sinat

finat (ita vivere) *& per pœnitentiam revertatur.* Conjugium vero *ad morganicum* dicitur, cum Princeps, vel nobilis filios, aut prolem habens, mulierem ducit inferioris conditionis ea lege ut nec ipsa dignitatis suæ titulum usurpet; nec filii ex tali conjunctione suscepti cum prioribus hereditatem sortiantur; sed contenti sint *morgangiva*, sive quarta parte, uti explicavit Johannes Papias in *morgicaput*, aut, si mavis legere, in *morgingabh.* Consule Lindembrogium *in Glossario*, *pag.* 1440. *&* 1441. Spelmannum *in Glossario*, *pag.* 421. *&* 422. & Heineccium *in Elementis Juris Germanici*, *Lib. I. tit.* 13. *§.* 305. *& seqq.*

XIV. Superioribus omnibus in clara luce collocatis, nostræ legis sententia hæc est, Granius Flaccus, qui teste Arnobio, *Lib. III. adversus Gentes* post Sex. Ælium scripsit, in Libro, quem edidit *de Jure Papiriano*, sive de Legibus Regiis, scripsit Pellicem esse, quæ cum eo cui uxor est, corpus miscet: idque aperte confirmatur lege Numæ, quam supra exposuimus. Idem Granius Flaccus scripsit, quosdam eam (Pellicem scilicet) vocare, quæ uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακὴν Græci vocant. Hæc igitur posterior acceptio vocis Granii Flacci tempore, ut videtur, obtinere cœpit: eique auctoritatem dederunt antiqui Jurisconsulti, Granii scilicet æquales, eoque posteriores, quos intellexit Massurius Sabinus, cum in eruditissimo *Memorialium* libro scripsit, *Pellicem apud antiquos eam habitam, quæ cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc* (id est, Massurii Sabini tempore, qui sub Augusto & Tiberio floruit) *vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari*, eodem libro scripsit. Honestius autem nomen *concubinam* appellavit; quia *amicæ* nomen licet verum, etiam convenit meretricibus, ut notissimum est, & præter mille alia testimonia probat illud Horatii *Satirar. Lib. I. sat.* 4. *vers.* 48.

At pater ardens
Sævit, quod meretrice nepos insanit amica.

Meretrices autem sunt, ut docuit B. Augustinus *in Quæstion. Deuterom. quæst.* 37. *ad cap.* 23. *quarum publice venalis est turpitudo.* Consonat S. Isidorus, *Lib. X. Orig. Meretrix dicta eo quod pretium libidinis mereatur.* & in Jure inter personas turpes numeratur, *l. Pacomius* 3. *si a parente quis manum. sit.* Concubinæ autem apud Romanos inter personas turpes non numerabantur, ut manifeste patet in *tit. de Concubinis.*

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
CINNA:
SIVE AD
CINNÆ JURISCONSULTI FRAGMENTA COMMENTARII.

DE CINNA, JURISCONSULTO.

I. UNUS ex Servii Sulpicii auditoribus Cinna fuit, cujus, ſeptemque condiſcipulorum ejus ſcripta in centum quadraginta libros digeſſit Aufidius Namuſa, ut apud Pomponium legimus, *l. neceſſarium* 2. §. *ab hoc* 44. *de orig. jur.* Juriſconſultus itaque non fuit L. ille Cornelius Cinna Servio Sulpicio paullo antiquior, qui a. ab u. c. DCLXVII. & tribus ſequentibus, Conſul fuit. An igitur fuit ille Cinna, cujus ut hominis critici mentionem fecit Virgilius *Ecloga IX.* ℣. 35.

Nam neque adhuc Varo videor, nec dicere Cinna
Digna, ſed argutos inter ſtrepere anſer olores.

Qui Cinna eſt C. Helvius Cinna, Catulli ſodalis, ut conſtat ex ejus *carmine X.* cujus obſcuritatem in carminibus notavit Martialis, *Lib. X. epigr.* 21. illepiditatem, Gellius *Noct. Atticar. Lib. XIX. cap.* 9. Eundem vero vocavit non ignobilem, neque indoctum Poëtam, *Lib. XIX. cap.* 13. diligentiam ejus memoravit Catullus, cum *carm. XCVI.* ita cecinit.

Smyrna

Smyrna mei Cinnæ nonam post denique messem,
Quam cœpta est, nonamque edita post hiemem.

Cui adde Quinctilianum, *Instit. Orator. Lib. X. cap.* 4. Servium, & Philargyrium ad laudatos Virgilii versus. L. Crassitius valde inclaruit Commentario Smyrnæ edito, teste Suetonio, Libro *de illustribus Grammaticis*, qui Commentarius antiquo hoc epigrammate irridetur.

Uni Crassitio se credere Smyrna probavit.
Desinite indocti conjugio hanc petere.
Soli Crassitio se dixit nubere velle.
Intima cui soli nota sua extiterint.

In eo Poëmate Cinna egisse videtur de incesto Myrrhæ in Patrem Cinyram Cypriorum Regem amore, ut colligitur ex Sosipatro Charisio, *Lib. I. pag.* 61. & ex Prisciano, *Libro VI. pag.* 718. qui versum hunc allegarunt:

At scelus incesto Cyniræ crescebat in alvo.

Idcirco Ovidius, *Tristium Lib. II.* ♈. 435. Cinnam recensuit inter Poëtas, qui turpes amores celebrarunt. Præterea scripsit Propempticum Pollionis laudatum a Charisio, *Lib. I. pag.* 99. qui *pag.* 108. allegavit Julium Hyginum in Cinnæ Propemptico:

II. In Latinam linguam transtulit Arati Phænomena, ut colligitur ex B. Isidoro *Orig. Lib. VI. cap.* 12. ubi hæc Cinnæ peregre venientis dedicatio legitur.

Hæc tibi Arateis multum vigilata lucernis
Carmina, queîs ignes movimus aërios,
Levis in aridulo malvæ descripta libello
Prusiaca vexi munera navicula.

III. Hic idem Cinna tempore cædis C. Cæsaris, errore nominis pro Cornelio Cinna Prætore & Cæsaris hoste a plebe occisus fuit, uti referunt Suetonius in *Julio*, *cap.* 85. Valerius Maximus, *Lib. IX. cap.* 9. Appianus, *Belli Civilis Lib. II. pag.* 521. Dio Cassius, *Lib. XLIV. pag.* 268. Plutarchus in *Bruto*, *pag.* 236. Equidem celebris ille Poëta potuit esse Jurisconsultus. Certe Cinna noster non fuit Gn. Cornelius Cinna Magnus, Gn. Pompeii Magni ex filia nepos, qui primum hostis Octaviani, deinde ab eodem susceptus in castris Bruti & Cassii magna apud eum floruit gratia; ausus tamen in benefactorem conjurare, novo beneficio veniam ab eodem accepit, quin & Consulatum, A. ab u. c. DCCLVIII. quod eleganter narrat Seneca, *Lib. I.* de Clementia *cap.* 9. ubi Cinnam hunc notavit ut stolidi ingenii virum, quod nostro Jurisconsulto minime convenit; de quo, meo judicio, semper inquiretur, quis ex tot Cinnis fuerit. Illud dolendum est, ex ejus scriptis duo solum fragmenta superesse.

ULPIA-

Digitized by Google

ULPIANUS Libro trigesimo quinto ad Sabinum. in l. denique 6. de ritu nupt.

Denique Cinna scribit : eum qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cœna juxta Tiberim perisset : ab uxore lugendum, responsum est.

COMMENTARIUS.

I. De uxoris luctu post mariti mortem hic quæstio est, de quo disserui copiose in Recitatione *l. si qua 2. Cod. de sec. nupt.* quæ per sortitionem mihi explicanda obtigit, cum anno MDCCXXIII. candidatus essem, & competitor Cathedræ Justinianei Codicis, quam die prima Julii illius anni obtinui. De eodem igitur argumento dicam nunc ad hunc textum pertinentia.

II. *Luctus est ægritudo ex ejus qui carus fuit, interitu acerbo*, Cicero *Tuscul. Lib. IV. cap.* 8. Inter affectus animi recensetur; hic autem de eo agimus, prout externis signis, vel more, vel ritu, vel animi libidine demonstratur. Atque hoc sensu, aut publicus est, aut privatus. In publico luctu tabernæ claudebantur. idque publici luctus signum erat jam inde a primis seculis conditæ Urbis: nam cum Sabini Consulem, ac Legiones intra castra obsiderent, L. Quintius Dictator *claudi tabernas tota Urbe jussit*, Livius, *Lib. III. cap.* 27. Cum primum Romani intellexere Legiones ad furcas Caudinas sub jugum a Samnitibus missas, *extemplo sine ulla publica auctoritate consensum in omnem formam luctus est, Tabernæ circa forum clausæ*, Livius *Lib. IX. cap.* 7. Præterea justitium, vel sponte sumebatur, vel a Magistratu indicebatur. Tacitus *Annal. Lib. II. cap.* 82. *Hos vulgi sermones audita mors* (Germanici) *adeo incendit, ut ante edictum Magistratum, ante Senatusconsultum, sumpto justitio, desererentur fora, clauderentur domus, passim silentia, & gemitus, nihil compositum in ostentationem.* Pedo Albinovanus *consolatione ad Liviam de morte Drusi, ver.* 185.

Jura silent, mutæque tacent sine vindice leges.

Consules non solita sede, sed humili aliqua, puta Prætorum, aut Tribunorum, sedebant, Dio *Lib. LVI. pag.* 590. *Consedit vero Senatorum multitudo solito quisque loco; Consules autem inferius, alter in Prætoris, alter in Tribunorum plebis subselliis.* Unde explicandus Tacitus *Annal. Lib. IV. cap.* 8. *Consulesque sede vulgari per speciem mœstitiæ sedentes, honoris, locique admonuit*, (Tiberius) *sede*, inquit, *vulgari*, hoc est, Prætorum, aut Tribunorum.

Magistratus plebejo habitu utebatur, Lucanus *Belli Civilis Lib. II.* ý. 17.

. . . . Ferale per urbem
Justitium: latuit plebejo tectus amictu.
Omnis honos: nullos comitata est purpura fasces.

Et

Et sine insignibus. Tacitus Annal. Lib. III. cap. 4. *Dies quo reliquiæ tumulo Augusti inferebantur, modo per silentium vastus, modo ploratibus inquies: plena urbis itinera, conlucentes per campum Martis faces: illic miles cum armis, sine insignibus Magistratus.* Atque hæc de luctu publico.

III. Ad privatum quod attinet, ejus tempore quilibet limine ac domo se continebat, Tacitus *Annal. Lib. III. cap.* 3. de morte Germanici: *Tiberius atque Augusta publico abstinere, inferius majestate sua rati, si palam lamentarentur.* & de eodem Tiberio, *Lib. IV. cap.* 8. *Nam equidem sibi ignarum posse argui, quòd tam recenti dolore subierit oculos Senatus: vix propinquorum alloquia tolerari, vix diem adspici a plerisque lugentium. neque illos imbecillitatis damnandos.* Plinius, *Lib. IX. epist.* 13. *Mitto ad Ariam, rogo ut veniat, quia me recens adhuc luctus limine continet.*

IV. Lugens fugiebat omnes lætos congressus, & festiva sollemnia, ne aliorum gaudia suo luctu impediret. Symmachus *Epist. Lib. III. epist.* 21. *Neque enim fas sinit læta officia obire lugentes, fortasse etiam hilaritatem vestram mea tristitudo contraheret.*

V. Abstinebat se a conviviis, & ornamentis, & alba veste, Paulus, *Lib. I. Sent. tit. ult. de sepulcris & lugendis §. qui luget 3. l. decreto 15. Cod. ex quib. caus. infam. irrog.* Cicero, *Lib. XII. ad Atticum, epist.* 12. Ideo apud Senecam in *Exceptis Controversiarum, Lib. IV. contr.* 1. cum pater quidam tribus liberis amissis assideret sepulchro, & inde abstractus convivio interesse coactus esset; eo nomine injuriarum egit. *Credo*, inquit, *mirari aliquem quòd in forum amissis modo liberis veniam: at ego modo in convivio fui.* Et in *Proœmio* memorati libri: *Cum mortuo in Syria Cajo Cæsare per codicillos quæstus esset divus Augustus, ut erat mos illi clementissimo viro, non civiliter tantum, sed etiam familiariter, quod in tam magno & recenti luctu suo homo carissimus sibi, pleno convivio cœnasset, rescripsit Pollio. Eo die cœnavi, quo Haterium filium amisi. quis exigeret majorem ab amico dolorem, quàm a patre?*

VI. Barbam & capillos submittebat lugens. De quo videndus Antonius Hotomannus in erudito dialogo *de Barba*.

VII. Vestes lacerabat. ideo Amata Latini Regis uxor, cum opinaretur Turnum extinctum, apud Virgilium decori observantissimum, *Lib. XII. Æneid. ver.* 602.

Purpureos moritura manu discindit amictus.

Neque hoc caret exemplis Sacrarum Litterarum. *Vide Lib. II. Regum cap.* 1. & 3. Ad vestis colorem quod attinet, ut de Hispanorum luctu obiter aliquid dicam, cum anno 1497. die 4. Octobris Salmanticæ obiisset Princeps Johannes natus annos undeviginti tres menses & sex dies, tantus mœror Magnatum Castellæ animos invasit, ut qui antea in luctu uterentur veste alba canabina, aut linea, eaque rudi, quæ, *gerga*, dicitur, & eo tempore *marga*; vestimentis nigris uti cœperint, ut refert Didacus Colme-

nares in *Historia Secoviæ*, *cap. XXXV.* §. 12. *in fine*. itaque Romani abstinebant alba veste, ut a Paulo didicimus, & a Valerio Maximo, *Lib. I. cap.* 15. itemque a Juvenale, *Sat. X. ver.* 243.

Hæc data pœna diu viventibus, ut renovata
Semper clade domus multisque in luctibus, inque
Perpetuo mœrore, & nigra veste senescant.

Hispani vero antea utebantur veste alba; & postea nigra. Quare majorum nostrorum judicium sanius, qui B. Paulum exaudiebant, *I. ad Thessalonicenses*, *cap.* 4. *vers.* 12. sic præcipientem. *Nolumus autem vos ignorare fratres de dormientibus, ut non contristemini, sicut & ceteri, qui spem non habent. Si enim credimus quod Jesus mortuus est, & resurrexit: ita & Deus eos qui dormierunt per Jesum, adducet cum eo.* Cui consequens est, ut vestis non sit indebitæ contristationis signum: alioquin in B. Augustini reprehensionem incurremus, non minus vere, quàm graviter *sermone II. de consolatione mortuorum in fine*, sic increpantis. *Qua ratione vestes nigras tingimus, nisi quos vere infideles & miseros non tantum fletibus, sed etiam vestibus approbamus?* Præclare Sanctus Cyprianus *Libro de mortalitate* docuit. *Nec accipiendas esse hic atras vestes, quando illi sibi indumenta alba jam sumserunt.*

VIII. Sed e diverticulo in viam redeamus. Latum clavum annulos aureos deponebat Senator lugens, Livius, *Lib. IX. cap.* 7.

IX. Lugens in pellibus erat, docente Festo. *Pellem*, inquit, *habere Hercules fingitur, ut homines cultus antiqui admoneantur. lugentes quoque diebus luctus in pellibus sunt.*

X. Præterea lugens non struebat focum. Juvenalis *sat. III. ver.* 212.

Si magna Asturii cecidit domus: horrida mater
Pullati proceres, differt vadimonia Prætor.
Tunc geminus casus urbis, tunc odimus ignem.

Ubi vetus Scholiastes. *Nec focum in domo nostra fieri patimur: quod & lugentes observare solent. Apulejus Metamorph. Lib. II. Abi*, inquit, *fatue, qui in domo funesta cœnas, & panes requiris, in qua tot jugis jam diebus ne fumus quidem visus est ullus.* Ejus rei ratio hæc erat. Ut ipsi lugentes ornatum ponebant; ita ædes quoque suas ponere voluerunt: nam ignem veteres magnum earum ornamentum censebant, utpote ad vitam non solum commodum, sed etiam necessarium. Huc alluditur a Poëtis, cum optant *ignem assiduum*, ut Tibulus *Lib. I. Eleg.* 1.

Me mea paupertas vitæ traducat inerti,
Dum meus assiduo luceat igne focus.

aut focum pervigilem. ut Papinius Statius *sylvar. IV. carm.* 5.

Nos parca tellus, pervigil & focus,
Culmenque multo lumine sordidum
Solantur.

aut, focum perennem, ut Martialis *Lib. X. epigr.* 47.

 Vitam

Vitam quæ faciunt beatiorem,
Jucundissime Martialis, hæc sunt:
Res non parta labore, sed relicta;
Non ingratus ager, focus perennis.

Atque ita significare volebant, cupere ne ignis extinguendus esset luctus causa.

XI. Denique, ne in multis aliis referendis nimius sim, mulieres ornamenta deponebant, more tam Romæ, quàm in Græcia, & aliis nationibus usitato. Terentius *Heautontimor. Actus II. sc.* 3.

Texentem telam studiose ipsam offendimus,
Mediocriter vestitam veste lugubri,
Ejus anuis causa, opinor, quæ erat mortua,
Sine auro tum ornatam, ita uti quæ ornantur sibi.

Livius *Lib. XXXIV. cap.* 7. *quid aliud in luctu, quàm purpuram, atque aurum, deponunt? quid, cum eluxerunt, sumunt?*

XII. Hactenus de luctu publico, & privato. Ceterum luctus sæpe minuebatur populo universe publicus, & privatim cuique domesticus. utrumque docet Festus elegantissime per hæc verba. *Minuitur populo luctus Ædis dedicatione, cum Censores lustrum condiderunt, cum votum publice susceptum solvitur: privatis autem, cum liberi nati sunt, cum honos in familia venit; cum parens, aut liberi, aut vir, aut frater ab hoste captus, domum redit; cum desponsa est: cum propriore quis cognatione quàm is, qui lugetur, natus est; cum in casto Cereris est, omnique gratulatione.*

XIII. Etiam ob ludos publicos justitium exuebatur, minuebaturque luctus, ut ob Megalensia. Tacitus *Annal. Lib. III. cap.* 6. de funere Germanici. *Et quia ludorum Megalensium spectaculum suberat, etiam voluptates resumerent. Tum exuto justitio, reditum ad munia.* Item propter ludos Jovis. Ideoque M. Antoninus Philosophus apud Capitolinum, cum filius nomine Verus septennis ipsi esset mortuus, *quia ludi Jovis opt. max. erant, interpellari eos publico luctu noluit, jussitque ut statuæ tantummodo filio mortuo decernerentur, & imago aurea Circensibus per pompam ferenda, & ut Saliari carmini nomen ejus insereretur.* Minuebatur etiam luctus ob Saturnalia. Idque colligitur ex Suetonio, qui Populi luctum in funere Germanici tantum fuisse refert, ut etiam per festos Saturnaliorum dies duraverit. Ait enim *in Caligula, cap. 6. Sed ut demum fato functum palam factum est, non solatiis ullis, non edictis inhiberi luctus publicus potuit: duravitque etiam per festos Decembris mensis dies.* quod profecto Historicus ille verborum alioqui parcus non dixisset, nisi in aliis funeribus propter Saturnalia luctus fieri soleret.

XIV. Sed frustra sciemus quid in luctu fieret, & quando minueretur, sive cessare deberet, nisi etiam sciamus, quas ob causas fieri deberet: in quibus casibus esset voluntarius; in quibus, necessarius; & omissi luctus

necessarii quænam essent pœnæ.

XV. Atque ut omittam luctum publicum, qui publice decernebatur ob publicas calamitates, publiceque etiam minuebatur, *l. decreto* 15. *Cod. ex quib. caus. infam. irrog.* Numa Pompilius luctum certis ætatibus & temporibus finivit: *ut puerum trimulo minorem ne quis lugeat: majorem, ne plures menses, quàm ille annos vixit, usque ad duodecim: nec quenquam ullius ætatis ultra. Longissimam luctus diem decem mensibus terminavit, quod spatium viduis quoque abstinendi a morte viri præfinitum est a secundis nuptiis. quæ ante nupsisset, ea bovem fœtam illius lege immolabat.* Plutarchus *in Numa*, *pag.* 146.

XVI. Sed ut ad jus nostrum accedamus, Parentes, & liberi utriusque sexus, nec non & ceteri adgnati, vel cognati, secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt. qui autem eos non eluxit, non notatur infamia, Ulpianus *l. parentes* 23. *de his qui not. infam.* His minime adversatur Paulus, *Lib. I. Sent. tit.* 21. *de sepulc. & lugendis*, §. 13. ubi ita scriptum. *Parentes & filii majores sex annis anno lugeri possunt: minores, mense: maritus decem mensibus: & cognati proximioris gradus, octo. qui contra fecerit, infamium numero habetur.* Nam factum contrarium intelligo, non luctus omissionem, sed ejus prorogationem ultra tempus permissum. Nullo enim modo tolerari debent immodici doloris signa externa, & tot inanes observationes, quæ hominum civile consortium impediunt, & humanam societatem tristem efficiunt. Audi Senecam præclare disputantem *epist. LXIII.* & animadverte superiora illa Ulpiani verba, *secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit.* ideo uxores viri lugere non compelluntur, *l. uxores* 9. *de his qui not. infam.*

XVII. E contrario maritus debet ab uxore lugeri, *l. genero* 8. *l. solet* 10. *in princ. de his qui not. infam. l. decreto* 15. *Cod. ex quib. caus. infam. irrog. l. si qua* 1. *cum duab. seq. Cod. de sec. nupt.* Et observandum est, apud Paulum, *Lib. I. Sent. tit.* 21. *de sepulchris & lugendis §. parentes* 13. ubi recensentur, qui lugeri possunt, omissos fuisse maritos, qui ab uxoribus lugeri debent.

XVIII. Sunt autem aliqui, qui lugeri non debent, de quibus Marcellus, *Lib. V. Digestor. l.* 35. *de relig. & sumpt. funer.* ita scripsit. *Minime majores lugendum putaverunt eum, qui ad patriam delendam, & parentes, & liberos interficiendos venerit: quem si filius patrem, aut pater filium occidisset, sine scelere, etiam præmio adficiendum omnes constituerunt.* Sic Tiberii tempore *interdictum, ne capite damnatos propinqui lugerent*, ut Suetonius refert in *Tiberio*, *cap.* 61. Et tamen etsi talis sit maritus, quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari, Ulpianus docuit, *l. liberorum* 11. §. 1. *de his qui not. infam.* cujus verba describam, ut aliquid emendem. *Non solent autem lugeri* (refert Ulpianus) *ut Neratius ait, hostes, vel perduellionis damnati: nec suspendiosi, nec qui manus sibi intulerunt,*

non

non tædio vitæ, sed mala conscientia. si quis ergo (sic habet Codex Florentinus; Vulgata editio, & Stephaniana, *si qua ergo pessima illatione*; ego legerim *si qua vero*) *post hujusmodi exitum mariti, nuptum se collocaverit, infamia notabitur.* Feminarum igitur luctui, qui & moris, & juris est, hoc additur ut a nuptiis abstineant. At quamdiu? inquies. Antiquitus intra decem menses. Seneca, *Consol. ad Helviam, cap.* 16. *Non est quod utaris excusatione nominis muliebris, cui pæne concessum est immoderatum in lacrimas jus, non immensum tamen: & ideo majores decem mensium spatium lugentibus viros dederunt, ut cum pertinacia muliebris mœroris publica constitutione deciderent, non prohibuerunt luctus, sed finierunt.* Adde *legem si qua Cod. de sec. nupt. Novell. XXII. cap.* 22. & Paulum *Lib. I. Sentent. tit. ult. §. parentes* 13. ubi observandus est ille loquendi modus, *lugeri possunt*, qui facultatem indicat, non obligationem. Hoc tempus a Romulo viduarum luctui definitum fuit propterea quod ejus Regis tempore annus erat decemestris. Ovidius *Fastor. Lib. I.* ℣. 27.

Tempora digereret cum conditor urbis in anno,
Constituit menses quinque bis esse suo.
Scilicet arma magis, quam sidera Romule noras:
Curaque finitimos vincere major erat.
Est tamen & ratio, Cæsar, quæ moverit illum:
Errcremque suum, quo tueatur, habet.
Quod satis est utero matris non prodeat infans;
Hoc anno statuit temporis esse satis.
Per totidem menses a funere conjugis uxor
Sustinet in vidua tristia signa domo.

Idemque, *Lib. III. Fastor. ver.* 121.

Annus erat, decimum cum Luna repleverat orbem:
Hic nostris magno tunc in honore fuit,
Seu quia tot digiti, per quos numerare solemus;
Seu quia bis quino femina mense parit.

Adde Gellium *Noct. Atticar. Lib. III. cap.* 16. Censorinum *de Die Natali, cap. XX.* & Macrobium, *Saturnal. Lib. I. cap.* 13. Hunc annum Romuleum, quia incommoda multa habebat, Numa Romuli successor, Græcorum exemplo edoctus, reformavit, ad Lunam composuit, in menses duodecim distinxit, manentibus tamen legibus ad annum Romuleum alludentibus. Livius *Lib. I. cap.* 18. Florus *Lib. I. cap.* 2. Solinus, *cap.* 1. Ideo Seneca, qui *Consol. ad Helviam, cap.* 16. dixit, majores decem mensium spatium lugentibus viros dedisse, *Epist. LXIII.* scribit. *Annum feminis ad lugendum constituere majores, non ut tam diu lugerent; sed ne diutius.* Et Dio *Lib. LVI. pag.* 598. *Luxere viri eum* (Augustum) *ex more haud multos dies; mulieres autem integrum annum ex Senatusconsulto.* Annum, inquam, luctuosum. sive decem mensium, quod spatium, annus etiam dicitur a B. Chrysostomo in Episto-

 lam

lam B. Pauli ad Colossenses, & ab Apulejo, *Lib. VIII. Metamorph.*

XIX. Primi Gratianus, Valentinianus, & Theodosius Augusti, duobus mensibus augentes luctus tempus, annum duodecim mensium esse voluerunt, *l. si qua 2. Cod. de sec. nupt.*

XX. Ergo lugendi necessitas mulieribus imposita fuit intuitu nuptiarum præcedentium ob rationes, quas postea indicabimus; non item viris: licet tam viri, quàm mulieres, luctum more plerarumque gentium observarint, *l. 1. in princ. de his qui not. infam.* animadversis illis verbis, *intra id tempus, quo elugere virum moris est*, Paulus *Lib. I. Sent. tit. ult. §. parentes* 13. notato verbo, *possunt*. Luctum autem mulieribus potius, quàm hominibus convenire, viri semper cordati censuerunt: & mulieribus quidem ita ut earum dolori frenum injiceretur, ut paulo ante ex Seneca probatum est. ideo ille qui leges dedit Lyciis, mandavit civibus, ut in luctu vestes muliebres gererent, rem illam muliebrem esse significare volens, ut refert Plutarchus, *Consol. ad Apollon.*

XXI. Causæ vero cur uxoribus viduis imposita necessitas abstinendi a nuptiis intra menses duodecim, multæ fuerunt. Prima, publica honestas: turpe enim, & quasi illegitimæ cujusdam intemperantiæ signum judicarunt, feminam simul ac rogo mariti reverteretur, de secundis nuptiis cogitare, & vix dum extincta funebri face, ad nuptialem e vestigio properare.

XXII. Secunda, *Turbatio sanguinis*, ut illam vocavit Ulpianus: hoc est, ne si forte prægnans a defuncto marito mulier intra legitimum tempus alteri nubat, dubitari possit, cujus sit Partus.

XXIII. Tertia denique, metus religionis, & superstitio. Putabant enim Manes offendi, nisi elugerentur. Apulejus *Metam. Lib. VIII. quæ res cùm meum pudorem, tum etiam tuum salutare commodum respicit, ne forte immaturitate nuptiarum indignatione justa manes acerbos mariti ad exitium salutis tuæ suscitemus.*

XXIV. Veniamus ad pœnas omissi luctus. Quæ intra legitimum tempus nupsisset, ex lege Numæ bovem gravidam immolare tenebatur. Plutarchus in *Numa pag. 146. Longissimam*, inquit, *luctus diem decem mensibus terminavit, quod spatium viduis quoque abstinendi a morte viri præfinitum est a secundis nuptiis. quæ ante nupsisset, ea bovem fœtam illius lege immolabat.* Sed hæc olim. Postea non lugentes feminæ infamia notatæ, & mulcta eis dicta bonorum omnium a priore marito acceptorum, *l. decreto 15. Cod. ex quib. caus. infam. irrog. l. si qua 1. & 2. Cod. de sec. nupt.* nisi impetretur a Principe, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat, *l. solet 10. de his qui not. inf.* quæ facultas non concedebatur, uxore ex priore marito gravida relicta. ideoque apud Tacitum *Annal. Lib. I. cap. 10.* Augusto imputatur *abducta Neroni uxor: & consulti per ludibrium Pontifices, an concepto, necdum edito partu rite nuberet.* Idem narravit Dio, *Lib. XLVIII. pag. 383. Ambigenti autem Cæsari* (inquit) *ac sciscitanti a Pontificibus,*

cibus, fas ne sibi esset eam (Liviam) *prægnantem ducere: responsum est, siquidem ex quo mulier concepisset dubitaretur; opus esse, ut nuptiæ differrentur. quia vero de eo constaret, nihil impedire, quin statim fierent. id quidem, ut in jure a majoribus traditum invenerint, fortassis fieri potuit: sed profecto sic responsuri fuere, ut maxime non ita invenissent. Elocabat autem Liviam ipse maritus, patris loco.* Consulti Pontifices quoniam ritus nuptiarum ab illis tradi debebant. Sed & infamia notatur qui sciens collocat, aut sciens duxit, *l.* 1. *l. genero* 8. *l. liberorum* 11. *§. notatur* 4. *de his qui not. inf.* Atque hæc quidem de uxoribus viduis. Uxoribus inquam; nam sponsi nullus luctus est, *l. uxores* 9. *§. sponsi* 1. *de his qui not. inf.*

XXV. Quibus suppositis, ut ad nostræ legis speciem veniamus; quæstio est, an ea mulier, quæ in viri absentis domum deducta est, eumque juxta Tiberim amisit, antequam a cœna in domum rediisset, defunctum virum lugere debeat? Controversiæ status in eo situs est, num ille vir esset sponsus, an maritus? si sponsus, lugeri non debet: si maritus, lugeri debet. Hoc igitur prius investigemus.

XXVI. Moris erat apud Romanos, ut qui matrimonium vellet contrahere, sponsam duceret in domum suam, *l. ut certo* 5. *§. interdum* 10. *commodati*, *l. quæsitum* 9. *de sponsal. l. mulierem* 5. *de ritu nupt. l. dotis* 68. *l. cum post divortium* 69. *§. in domum* 3. *de jur. dot. l. cum hic status* 32. *§. si quis* 27. *l. Seja* 66. *in princ. & §. virgini* 1. *de donat. inter. l. aufertur* 2. *§. item* 1. *de his quæ ut indig. l. hæc conditio* 10. *vers. sed enim*, *l. an fuerit* 15. *de cond. & dem. l. quæsitum* 17. *§. si pœna*, *vers. idem de reb. aut. jud. possid.* Hæc deductio adeo sollemnis erat in nuptiis, ut is contraxisse matrimonium intelligeretur, qui uxorem duceret, *l. aufertur* 2. *§. item* 1. *de his quæ ut indignis*, *l. cui fuerit* 15. *de cond. & dem.* Necessaria tamen non erat, utpote quæ fieri posset post contractum matrimonium, *l. Seja* 66. *de donat. inter. l. donationem* 22. *Cod. de nupt.* Hæc autem erat differentia inter virum, & uxorem, quòd ille ducere poterat; non item hæc. Domus enim viri domicilium est matrimonii, *l. mulierem* 5. *de ritu nupt. l. cum in te* 6. *Cod. de donat. ante nupt.* Hinc explicandum est quod ait Paulus, *Lib. II. Sent. tit.* 19. *de nupt. §.* 8. *Vir*, inquit, *absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non potest.* id est: vir absens a domo sua, potest jubere, ut uxor in eam deducatur: femina absens a domo sua non potest nubere, jubendo ut in eam deducatur vir: quia domus mulieris non est matrimonii domicilium. Interpretationem hanc mirifice confirmat Ulpianus in *l. mulierem* 5. *de ritu nupt.* per hæc verba: *Mulierem absenti* (viro) *per litteras ejus, vel per nuncium posse nubere, placet, si in domum ejus deduceretur: eam vero quæ abesset, ex litteris, vel nuncio suo duci a marito non posse. Deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.* Pauli interpres hac ratione difficultatem expedivit. *Si vir in peregrinis aliqua fuerit occasione detentus, absente eo, constituto die, possunt nuptiæ celebrari, ut*

ut ab amicis, vel parentibus ejus puella ſuſcepta ad domum mariti ducatur. nam ſicut viro abſente hoc ordine poſſunt nuptiæ celebrari, ita femina abſente non poſſunt. merito, abſens enim femina domum deduci non poteſt.

XXVII. Hæc cum ita ſint, videamus quid Cinna dicat in ſuperiori caſu. Equidem cum nuptias non concubitus, ſed conſenſus faciat, *l. nuptias* 30. *de div. reg. jur. l. cum hic* 32. *§. ſi mulier* 13. *de donat. int. vir. & ux. l. ſi donationem* 22. *Cod. de nupt. l. jubemus* 11. *Cod. de repud. Novell. XXII. cap.* 3. Satis hic per deductionem mulieris in viri domum declaratus videtur, atque ideo pro uxore haberi debet, *l. auſertur* 2. *§. item* 1. *de his quæ ut indig. l. cui fuerit* 15. *de cond. & dem.* ideoque poteſt fieri, ut in hoc caſu aliqua virgo & dotem, & de dote habeat actionem, *l. ideoque* 7. *de ritu nupt. dotem*, quia matrimonium eſt: *de dote actionem*, quia dos tradita fuit. Denique fieri poteſt. & vero debet in hoc caſu, ut mulier lugeat maritum, etiamſi nunquam viderit eum. ideo igitur dicitur, is vir *maritus* eſſe, ut ſciamus lugeri debere ut maritum, dotemque, & dotis actionem eſſe poſſe, quia matrimonium re vera eſt.

JAVOLENUS Libro ſecundo ex Poſterioribus Labeonis. in l. quibus 40. *§. quidam* 1. *de condit. & demonſtr.*

Quidam ita legaverat, Si Publius Cornelius impenſam quam in fundum Sejanum feci, heredi meo dederit: tum heres meus Publio Cornelio fundum Sejanum dato. Caſcellius aiebat, etiam pretium fundi dari debere. Ofilius impenſæ verbo negat pretium ſignificari: ſed eos dumtaxat ſumptus, quos in eum, poſteaquam emtus eſſet, fecit. idem Cinna ſcribit: adjecto eo, quòd non deductis fructibus, impenſarum ratio haberi debeat. & hoc magis verum puto.

COMMENTARIUS.

I. Labeo Antiſtius inter multa alia ingenii ſui egregia monumenta, quæ in lucem edidit, ſcripſit etiam libros, minimum quadraginta, qui, quoniam poſt mortem ejus ſunt editi, *Poſteriores* inſcribuntur, A. Gellius *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 10. In Epitomen eos redegit Priſcus Javolenus, qui *Lib. II.* hanc propoſuit ſpeciem. Quidam ita legaverat. *Si P. Cornelius impenſam quam in fundum Sejanum feci, heredi meo dederit, tum heres meus P. Cornelio fundum Sejanum dato.* Legatum hoc conditionale eſt. Conditio voluntatis accipit interpretationem. Nam, cum teſtator impenſas fecerit, tam in emtione fundi, quàm in ejuſdem reparatione, & fortaſſe etiam melioratione, quin & ſuæ gratia voluptatis, dubium eſſe poteſt, quas impenſas voluerit legatarium heredi ſolvere. A. Caſcellius ajebat, etiam pretium fundi dare debere, fortaſſe propterea quod minime teſtator in conditione coarctaſſet

coarctasset impensarum generale nomen. Impendimus enim quicquid appendimus, id est, quantam pecuniam numeramus alteri, quæ cum æs rude esset, appendebatur olim. A. autem Ofilius contemporaneus A. Cascellii, ut apud Pomponium legimus, *l. necessarium* 2. *§. fuit* 45. *de orig. jur.* impensæ verbo negavit significari pretium; sed eos dumtaxat sumtus, quos in fundum, posteaquam emtus esset, testator fecit. Arguebat hoc proculdubio ex proprietate loquendi, quæ testatoris mentem optime declarat. Dixit enim testator. *Si P. Cornelius impensam quam in fundum Sejanum feci, heredi meo dederit.* Pretium autem est impensa quæ fit propter ipsum fundum, ad eum scilicet obtinendum, non in eum, ut testator dixit, sive in ejus gratiam, & meliorationem: quod jam supponit fundum acquisitum. Itaque impensa fieri dicitur in fundum, quæ in eum erogatur, sive jam emtum, *l. si controversia* 9. *Cod. de evict.* sive in non emtum, *l. necessarius* 8. *de pig. act.* Idem quod A. Ofilius, Cinna noster sensit, scripsitque, *adjecto eo, quòd non deductis fructibus, impensarum ratio haberi debeat.* Ergo non fuit contentus Cinna sequi A. Ofilii sententiam; sed adjecit, non deductis fructibus, impensarum rationem haberi debere. Videlicet quia de eo testator nihil monuit & simpliciter contulit conditionem in numerationem pecuniæ a se expensæ, insumtæve. Adde *titulum Cod. quando dies leg. ced.* Hanc sententiam proculdubio Labeo Antistius amplexus est, & cum eo etiam Epitomator Javolenus.

II. Habebit itaque legatarius, qui solvit impensas, non vero pretium fundi, habebit, inquam, fundum, & fructus, qui pendentes sunt tempore cessionis legati. Neque enim heres potest deducere fructus: idque significant illa verba, *non deductis fructibus.*

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
PUBLICIUS:
SIVE AD
PUBLICII, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE PUBLICIO, JURISCONSULTO.

ACUTE observavit Antonius Auguſtinus in eruditiſſimis *Notis* ad librum *de Nominibus Pandec. Florent. pag.* 21. *in l. neceſſarium* 2. *§. ab hoc* 44. *de orig. jur.* in ſerie illa Juriſconſultorum, *Publicius Gellius*, duo nomina diverſarum gentium eſſe, quod raro uſurpatur ab eadem perſona. Ideoque exiſtimavit facilius futurum, *Cinna Publicius*, & mox, *Gellius*, ſcribere. Sed cum videret Cinnam referri a Javoleno, & Ulpiano; & Publicium a Marcello, Ulpiano, & Modeſtino; ideo auſus non fuit ex duobus unum efficere: ex Cinna ſcilicet, & Publicio. Sed quam ob cauſſam ex Publicio & Gellio, unum nobis Juriſconſultum reliquit? cum non ſolum Publicius laudetur a Marcello, *l. ut heredibus* 50. *§. cum ita* 2. *de legat.* 2. ab Ulpiano, *l. ſive ingenua* 2. *§. ſed ſi* 8. *ad S. C. Tertyllian.* & a Modeſtino, *l. ſub diverſis* 51. *§. heredi* 1. *de cond. & dem.* Sed etiam L. Gellius ſæpe commemoratur a Cicerone, ut in libro *de Claris Oratoribus*, *cap.* 27. & 47. Gellius,

lius, inquam, ille, qui Consul fuit, eodem Cicerone teste, *Lib. II. in Verrem, cap.* 39. & in *Oratione I. de reditu, cap.* 7. A. scilicet ab u. c. DCLXXXII. quo fuerunt Coss. L. Gellius Poblicola, & Gn. Cornelius Lentulus, uti legimus in Fastis, & *inscriptione* 119. *classis VI.* apud Reinesium. Etsi autem L. Gellius cognominatus fuerit Poblicola; non idcirco apud Pomponium cum Hotomano legi debet, *Poblicola Gellius*, cum Publicius diversus sit a L. Gellio Poblicola, qui Censor etiam fuit cum eodem Gn. Lentulo A. ab u. c. DCLXXXIV. Coss. M. Licinio Crasso, & Gn. Pompejo, ut videre est apud Ciceronem *pro Cluentio, cap.* 42. ubi duo illi Censores, clarissimi, sapientissimique homines dicuntur: & *cap.* 47. iterum laudantur; & præterea Gellius a Valerio Maximo, *Lib. V. cap.* 9. Hoc ita esse apparebit, si ubi legitur apud Pomponium, *Ex his decem libros octo conscripserunt*, me auctore ita emendetur, *Ex his duodecim*: totidem enim ibi Jurisconsulti numerantur, ut colligitur ex integro contextu, quem hîc subjicio. *Ab hoc* (Servio Sulpicio) *plurimi profecerunt, fere tamen hi libros conscripserunt*, (1) *Alfenus Varus, Gajus* (Gajus hic omnino est ignotus. Reponendum itaque censeo, *Cremonensis*, nam Acro Grammaticus ad Horatium ait Alfenum fuisse Cremonensem.) (2) *Aulus Ofilius*, (3) *Titus Cæsius*, (4) *Aufidius Tucca*, (5) *Aufidius Namusa*, (6) *Flavius Priscus*, (7) *Gajus Atejus* (laudatus a Labeone, *l. avus* 79. *de jur. dot.* & a Javoleno, *l. si uxori* 39. §. 2. *de auro arg. legat.*) (8) *Pacuvius*, (allegatus ab Ulpiano, *l.* 1. *in princ. commod.* quem cum Atejo nescio quam ob causam confundatur; nam paullo postea Pomponius etiam Cinnam nominavit absque prænomine, & nomine.) (9) *Labeo* Antistius Antistii pater, (10) *Cinna*, (11) *Publicius*, (12) *Gellius*. *Ex his decem*, (numera, & reperies duodecim) *libros octo conscripserunt*, nimirum, ut opinor, Alfenus, Ofilius, Tucca, Namusa, Atejus, Pacuvius, Cinna, & Publicius: qui unice a Jurisconsultis allegantur. Quorum omnes, qui fuerunt, libri digesti sunt ab Aufidio Namusa *in centum quadraginta libros*. Hæc cum ita se habeant L. Publicius fuit Servii Sulpicii discipulus de quo loquitur Pomponius dicta *l. necessarium* 2. §. *ab hoc* 44. *de orig. jur.*

MARCELLUS Libro vicesimo octavo Digestorum. in l. ut heredibus 50. §. *cum ita* 2. *de legat.* 2.

Cum ita legatum est, QVANTAM PECVNIAM HERES MEVS A TITIO EXEGERIT, TANTAM MÆVIO DATO: *si sub conditione legatum est: antequam exacta pecunia sit, legatarius agere non potest. quod si statim dies legati cedit: ut Publicius recte putat, legatarius agere potest ut actiones præstentur.*

COMMENTARIUS.

I. Teſtator ita legavit. *Quantam pecuniam heres meus a Titio exegerit, tantam Mævio dato.* Voluntatis eſt quæſtio, num teſtator nullam aliam pecuniam legare voluerit præter illam, quam heres a Titio debitore exegerit; an vero nomen ſolum, nulla expectata heredis exactione. Dicam clarius. Voluntatis eſt quæſtio, an teſtator legaverit illam pecuniam ita ut imponere vellet heredi exactionis onus; an vero ita, ut legatarius Mævius debeat exigere a debitore Titio, ſi eam velit obtinere. Si primum voluit teſtator, ſub exactionis conditione legaſſe videtur: ſi ſecundum, pure. Priore caſu non nomen, ſed pecunia jam exacta legata creditur. Poſteriore, non pecunia, ſed nomen legatum creditur: ſive, quod idem eſt, pecunia exigenda. Nomen enim dicitur id quod in actionibus eſt, ſeu id quodcumque debetur quavis actione, *l. qui chirographum* 59. *de legat.* 3. *l. nominis* 4. *de verb. ſign.* ideoque ex hoc legato ſolum actiones defuncti legatæ intelliguntur, *l. ſi ſic legatum* 75. *§. quod ſi* 2. *in fine de legat.* 1. Si teſtator ſub conditione legaverit, legatarius agere non poteſt antequam exiſtat conditio, id eſt, antequam exacta ſit pecunia. Ratio eſt, quia non prius dies legati cedit, quàm conditio fuerit impleta, *l. ſi poſt diem* 5. *§. ſi ſub conditione* 2. *quando dies leg. vel fid. ced. l.* 1. *§. ſin autem* 7. *Cod. de cad. toll.* ac proinde ejuſmodi legatum, non ſtatim, ſed cum conditio extiterit, deberi incipit, *l. legata* 41. *de cond. & dem.*

II. E contrario, ſi pure legaverit teſtator, legatarius ſtatim agere poteſt, ut ab herede ſibi actiones præſtentur. Ratio eſt, quia cum legatum ſit purum, ex die mortis teſtatoris cedit, *l. ſi poſt diem* 5. *§. itaque* 1. *quando dies leg. vel fid. ced.* Atque hanc poſteriorem conjecturam indubio exiſtimavit veriſimiliorem eſſe Publicius noſter, ejuſque ſententiam approbavit Ulpius Marcellus, *Lib. XXVIII. Digeſtor.* Merito, ſunt enim magis in legandis ſuis rebus, quàm onerandis heredibus faciliores voluntates, ut ajebat Papinianus, *l. unum* 67. *§. ſi rem* 8. *de legat.* 2. In *dubio* dixi; nam in manifeſta teſtatoris voluntate aliud dicendum eſt. Ad judicem autem ſpectat teſtamentum videre, & quid teſtator voluerit, ex teſtamenti contextu decernere.

III. Porro actiones ideo debent ab herede cedi (ut traditur hoc textu, *& in l. ſervum* 44. *§. ſed & ſi* 6. *l. ſi ſic legatum* 75. *§. quod ſi* 2. *in fine de legat.* 1. *§. tam autem* 21. *Inſt. de legat.*) quia cum obligationes inhæreant perſonis, ab eis nequeunt divelli. Et quanquam heredi competunt; ea tamen ratione, quia fictione juris eadem perſona eſſe creditur cum teſtatore: quod minime convenit legatariis, neque fideicommiſſariis; quia non ſunt juris ſucceſſores, *§. legatariis* 11. *Inſt. de teſtam. ordin.* Cum igitur legatarius in hoc caſu non poſſit aliter ſummo jure agere, niſi nomine procuratorio,

torio, ſive, quod idem eſt, nomine creditoris, qualis ipſe legatarius non eſt, utpote legatarius non eſt, qui pecuniam credidit; nec legatarius fingitur credidiſſe; ideo ut agere poſſis, benigne inſtitutum eſt ut actiones adverſus debitorem cedantur, *l. ſervum* 44. *§. ſed & ſi* 6. *de legat.* 1. *§. tam autem* 21. *Inſt. de legat.* Cedere autem actiones eſt mandare eas, *l. ex legato* 18. *Cod. de legat.* Mandare autem actionem eodem modo dicitur, quo mandare adminiſtrationem alicujus negotii. Sicut igitur mandare adminiſtrationem eſt, negotium alicui gerendum noſtro nomine mandare; ſic mandare actionem directam eſt nobis competentem ex noſtro contractu, aut ejus, quem repræſentamus, actionem committere alicui, exercendam in judicio noſtro nomine. Veteres dicerent, mandare actionem alicui eſſe eum procuratorem in rem ſuam facere ad petendum, quod nobis debetur, ex perſona noſtra, & noſtro nomine, *l. ex nominis* 8. *Cod. de her. vel act. vend.* ubi nominis emtor dicitur habere utilem actionem, etiamſi procurator factus non ſit in rem ſuam: quibus verbis exprimitur hæc ſententia, qua uſus poſtea Alexander Imperator, etiamſi ei mandatæ non ſint actiones, *l. emtor* 5. *Cod. de her. vel act. vend.* Is autem, cui mandantur directæ actiones, dicitur Procurator, tum quia mandato creditoris exactionem exercet, *l.* 1. *in princ. de procur.* tum quia eam exercet creditoris nomine. Dicitur autem in rem ſuam procurator, *l. ſervum* 33. *§. ult. de procur.* & multis aliis in locis, quoniam actiones ei mandantur in eum finem ut proprio negotio fungatur, & rem ſuam gerat, *l. qui ſtipendia* 9. *Cod. de procur.* id eſt, ut ſibi creet utilitatem; commodumque, aut incommodum judicii ad ſe pertineat. Itaque, ſubtilitate juris attenta, Procurator eſt, & dicitur; reipſa autem, exituque inſpecto, dominus actionis. Ideoque procuratore in rem ſuam dato, præferendus non eſt dominus procuratoris in litem movendam, vel pecuniam ſuſcipiendam: qui enim ſuo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit, *l. procuratore* 55. *de procur.* id eſt, qui enim ſuo nomine utilitatem actionum habet, ei debet præferri, qui ſolum nomen actionum habet, *l. quæ omnia* 25. *in fine de procur.* Et re vera accedit in alienam litem, ſpecie tantum in ſuam, *l. ſi ſe* 4. *de re judic. l.* 1. *§. in propria* 11. *quando appell. ſit.* Ideo aliena negotia per mulieres tunc agi poſſunt, cum in rem ſuam & proprium lucrum mandatæ ſunt ei actiones, *l. quia abſente* 4. *Cod. de procur.*

IV. Verum redeamus ad legem noſtram. Quid ſi actiones directas heres cedere noluerit? Cedere cogetur a legatario conventus, *l. ſi ſic legatum* 75. *§. quod ſi* 2. *de legat.* 1. Licet tamen legatario, ſpreto illo circuitu conveniendi heredis, ut ſibi mandet directas actiones, utilibus ſuo nomine experiri adverſus ipſum debitorem nominis, ut Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt Juſtino cuidam, *l. ex legato* 18. *Cod. de legat.*

V. Hæc cum ita ſint, contra duos poteſt legatarius agere. Actione directa ex teſtamento adverſus heredem, ut ſibi cedat actiones: & actione

utili ex testamento adversus debitorem, ut sibi solvat nomen. Quæ utilis actio frequens est in jure nostro in similibus casibus, veluti cum creditor actionem suam vendit, dat creditori in solutum, in dotem, donat, aut legat, ut in nostra specie, *l. emtor* 5. *l. ex nominis* 8. *Cod. de her. vel act. vend. l. ult. Cod. quando fiscus vel priv. l. nominibus* 2. *Cod. de obl. & act. l.* 1. *Cod. de donat. l. ex legato* 18. *Cod. de legat.*

VI. At enim, si ei, cui nomen, sive actio legata est, competit actio utilis suo nomine, etiam directis actionibus non mandatis, cui bono est actio ex testamento, ut directæ actiones mandentur, & expectare eas; cum expeditius sit, statim agere utiliter adversus debitorem? Præterea, nonne docet Paulus, *Lib. I. Sentent. l. actio* 47. *§. nec refert* 1. *de negot. gest.* nihil referre, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur: maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum? Ita plane. Verum hoc ipsum explicandum est. *Maxime* (ait Paulus) *cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum*; quibus verbis significat, aliquando utilem actionem eandem potestatem, & effectum habere; aliquando non ita. Finge creditorem privilegiarium esse, uti est ille qui pupillus esse desiit. Multum eo casu refert, an actionem tutelæ quis directam nomine pupilli, an vero utilem suo exerceat. Si directam exerceat, ex persona pupilli exercebit, *l. ex nominis* 8. *Cod. de her. vel act. vend. l. ult. Cod. quando fiscus, vel priv.* & ejus jure utetur, *l. emtor* 5. *Cod. de her. vel act. vend.* si utilem, suo. Expeditius igitur est utili actione agere; sed aliquando minus utile.

VII. Dixit Paulus, *non referre directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur*, hac addita ratione. *quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est.* Ait Paulus, *in extraordinariis judiciis*, innuens, aliud esse in ordinariis. Quod ut melius intelligatur, hoc sciendum est. Initio proponebantur actiones certo verborum numero dimensæ, conceptæ certa forma: & hinc actiones *Formulæ* dictæ: has enim ne populus, prout vellet, institueret, certas & sollemnes esse voluerunt, *l. necessarium* 2. *§. deinde ex his legibus* 6. *de orig. jur. Certas*, id est, nominatas, donatas certo & proprio nomine: *sollemnes*, id est, compositas necessaria conceptione verborum. Quam nimiam subtilitatem deridet Cicero *pro Muræna cap.* 12. Postquam autem ingens ille numerus actionum, quæ in factum, & præscriptis verbis, dicuntur, necessitate suadente, inductus est, præter certas illas & sollemnes actiones; non admodum fuerunt solliciti de instituendis & proponendis certis illis & sollemnibus actionibus, & extraordinaria quoque hac in parte judicia esse cœpere. quò alludens Paulus ait, *ubi conceptio formularum non observatur.* Sed in actionibus, quæ certum nomen habebant, quæ scilicet competunt ex certis, & nominatis contractibus, necessarium saltem fuit exprimere nomen, & genus actionis: quod præstare non potuerunt in actionibus in factum, quæ nullum

nullum proprie nomen habent, quia dantur ex incertis & innominatis contractibus: & in his agitur simpliciter in factum: id est, proposito negotio, quod certo nomine nominare non possumus.

VIII. Nunc jam facile intelliguntur illa Pauli verba: *in judiciis extraordinariis, ubi conceptio formularum non observatur supervacuam esse subtilitatem instituta directa, vel utilis actionis.* Id est, Postquam datæ sunt actiones non observata sollemni illa conceptione verborum, & veteri ordine: tunc enim judicia dicta sunt extraordinaria, quæ non sunt instituta secundum ordinem illum antea diligenter observatum. Hodie quidem omnia judicia extraordinaria esse cœperunt, *§. ult. Inst. de interd.* Itaque hæc disputatio supervacua est usui forensi, & necessaria solum cognoscendo prisco juri.

MODESTINUS Libro quinto Differentiarum. in l. sub diversis 51. *§. heredi* 1. *de condit. & demonst.*

Heredi decem dare jussus, & liber esse, & heredis heredi dando perveniet ad libertatem. quod non similiter in legatarii persona custodiri Publicius scribit.

COMMENTARIUS.

I. Juris Civilis est regula, libertatem omnibus rebus favorabiliorem esse, *l. libertas* 122. *de div. reg. jur.* Hinc nemini mirum videri debet, ex Publicio Modestinum differentiam constituere inter casum, quo servus aliquis v. g. Stichus heredi decem dare jussus, & liber esse; & casum, quo aliquis, sive servus, sive liber, heredi decem dare jussus, & legatum accipere: Priore casu Stichus & heredis heredi dando perveniet ad libertatem, posteriori vero non similiter in legatarii persona custoditur, ut Modestinus ex Publicio docet *in nostra l.* Idemque quod in legato, in stipulatione juris est, *l. si stipulatus* 82. *de solut. l. cum quis* 55. *de verb. oblig.* Si communis juris regulæ attendendæ essent, deberet Stichus primo heredi dare; non vero heredi heredis; quia re vera primi heredis persona demonstrata est, seu conditio personæ injuncta videtur, *argum. l. si ita* 69. *de cond. & dem.* Obtinuit tamen, ut & heredi heredis dando liber sit, exigente favore libertatis, ut quæ alias persona demonstrata sit, pro non demonstrata habeatur. Idque in tantum obtinuit, ut hic libertatis favor locum habeat, non solum si quis utatur generali nomine heredis; sed etiam si ei adjungat heredis scripti nomen, cui dari debeat. Quamobrem ex his verbis, *si heredi, vel si heredi Titio decem dederit, liber esto*; non tantum heredi, sed etiam heredis heredi dando perveniet ad libertatem. At si nullus heredi successerit, jure constituto, nulli dando ad libertatem perveniet, *l. cum ita* 94. *§. ex his* 1. *de cond. & dem.* Non est itaque similis causa libertatis,

tatis, & legati pecuniarii, ut sæpe alibi, *l. Paulus* 39. *de fideicom. libertatib.* At inquiet aliquis, jure communi etiam est verissimum effatum illud, *Qui per successionem quamvis longissimam defuncto heredes extiterunt, non minus heredes intelliguntur, quàm qui principaliter heredes existunt*, ut ipse Modestinus docuit *eod. lib. VI. Differentiarum in l.* 194. *de div. reg. jur.* adeo ut regula olim esset, heres heredis testatoris heres est, cujus argumento utitur Justinianus, *l. ult. Cod. de hered. inst. l. in legatis* 22. *Cod. de legat.* quibus addi possunt textus in *l. heredis* 65. *l. sciendum* 70. *l. heredis* 170. *de verb. sign. l. si quis* 7. *§. ult. de adq. vel omit. her. l. heredem* 2. *§. idem cultus* 1. *de liber. legat. l. quamvis* 40. *§. persona* 1. *ad S. C. Trebell. l. antiquitas* 14. *Cod. de usufr.* idemque obtinet in bonorum possessione, *l. ex ista* 277. *de verb. sign.* Sed nimirum hujusmodi regula pertinet, tum ad actiones intendendas, tum excipiendas. adeoque hujus regulæ effectus cernitur in vindicatione hereditatis, *l. qui Titii* 7. *de his quæ ut indign.* quæ desumta est etiam ex *Lib. VI. Differentiar.* Modestini. Quoties autem contingit, ut persona naturaliter designetur, heredis appellatio proximum tantum heredem, qui principaliter (id est directo, *l. ult. de legat.* 3.) heres extitit, continet, quod ipse Modestinus notavit *eod. Lib. VI. Differentiar. dicta l.* 7. *de his quæ ut indign. l. si nepos* 5. *de conjug. cum emanc. liber. ejus.* Id autem contingit, vel propter rei subjectæ naturam; vel ob personalem primi heredis respectum: quò pertinent *lex sciendum* 70. *& l. ex illa* 227. *de verb. sign. l. cum filio* 3. *l. qui liberis* 8. *§. hæc verba* 1. *de vulg. & pupil. subst. l. a testatore l.* 109. *de cond. & dem. l. si ex pluribus* 9. *de suis & legit. l. servus* 34. *de statu liberis l. un. §.* 1. *ut ex legis Senatusve consult. l. antiquitas* 14. *Cod. de usufr.*

ULPIANUS Libro tertio decimo ad Sabinum. in l. sive ingenua 2. *§. sed si* 8. *ad Senatusconsultum Tertyllianum & Orphitianum.*

Sed si sint sui heredes, verùm hereditas ad eos non pertineat: videamus an mater admittatur. ut puta abstinuit se hereditate. Africanus & Publicius temptant dicere, in casum quo se abstinent sui, matrem venire: & tunc ei obstent, quotiens rem haberent. ne nudum nomen sui heredis noceat matri. quæ sententia æquior est.

COMMENTARIUS.

I. Lege XII. Tabular. mater a legitima filii successione excludebatur, quia agnata non erat, sed naturali duntaxat jure cognata: ob quam caussam jure tantum Prætorio succedebat mater filio suo in tertio ordine cognatorum, id est, deficientibus omnino suis heredibus, & agnatis, *princ. Inst.*

Inst. de S. C. Tertyll. quamquam hæc eatenus sunt vera, quaterus mater solo jure cognationis venire poterat: nam, si forte in manum mariti convenisset, quo casu sua heres marito fiebat, Ulpianus *tit.* 23. *quemad. test. rumpant.* §. *agnascitur* 3. & liberis suis consanguinea, id est, soror efficiebatur, adeoque agnata, ut constat ex veteri cognationum diagrammate apud eruditissimum Cujacium, *Lib. VI. Obser. cap. ult.* Sed, sive mater in mariti manum convenisset, sive non, excludebatur a filiis filiorum suorum, ex ratione naturali, quæ quasi lex quædam tacita liberis parentium hereditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, *l. cum ratio* 7. *in princ. de bon. damnat.* Adeoque non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas. parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturæ simul & parentum commune votum, *l. scripto* 7. §. *ult. si tabulæ testamenti nullæ extabunt*, *l. nam & parentibus* 15. *de inof. test.* Præferuntur igitur matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris, §. *præferuntur* 3. *Inst. ad S. C. Tertyll.* Suorum autem loco Prætori sunt liberi emancipati; ex constitutionibus, & præcipue Justiniani nepotes & pronepotes & filia, §. *ult. Inst. de her. quæ ab intest. def.* sed & filiæ suæ, id est, quæ sui juris suæque potestatis fuerit, mortuæ, filius & filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ, *dicto* §. *præferuntur* 3. *l. si matre* 11. *Cod. de suis & legit. l. quotiens* 4. *Cod. ad S. C. Orphit. l.* 3. *& penult. Cod. Theod. de leg. her.* Igitur inter alios liberos, qui excludunt matrem, sui sunt proculdubio jure quodam præcipuo, *l. si ingenua* 2. §. *liberi* 6. *ad S. C. Tertyll.* Sed quid dicemus, si filius abstinuerit se? quem casum hic proponit Ulpianus, an tunc dicemus admitti matrem. Africanus & Publicius tentant dicere, *in casum quo se abstinent sui, matrem venire. in casum*, inquiunt, quo se abstinent sui; nam si duo sint filii, & alter abstinuerit se, alter noluerit se abstinere, mater non admittitur in partem, *l. sive ingenua* 2. §. *ita demum* 14. *ad S. C. Tertyll.* Ergo tunc solum obstant liberi, quoties rem, id est, hereditatem habent, hac eleganti ratione: *ne nudum nomen sui heredis noceat matri.* quæ sententia æquior est, ex Ulpiani sententia, cujus loquendi modus arguit, æquitate suadente eam esse receptam: quod & etiam indicant illa verba, *tentant dicere.* Cumque hoc tentarint Africanus & Publicius, vel ex hoc loco debet constare, hunc Publicium non esse illum, qui fuit Prætor temporibus M. Tullii, ut constat ex *Orat. pro Cluentio*, *cap.* 45. quique auctor dicitur fuisse Publicianæ actionis, §. *namque* 4. *Inst. de act.* nam vixit multo tempore antequam ferretur S.C. Tertyllianum. Enimvero si æquum est ut mater ad successionem admittatur abstinente filio suo herede, multo magis ad eam venire debet, si suus heres non sit, liberique qui pro suis habentur, aut qui pro suis non habentur, ut filii filiæ, successionem sibi delatam repudiare velint.

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
BLÆSUS:
SIVE AD
BLÆSI, JURISCONSULTI, FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE BLÆSO JURISCONSULTO.

BLÆSUS post Trebatium scripsit, & ante Labeonem, *l. si quis* 31. *de usu & usufr.* Fuit ex familia Junia. Incertum autem an fuerit Junius ille Blæsus, multis in locis a Tacito commemoratus, laudatusque.

LABEO Libro Secundo Posteriorum a Javoleno epitomatorum. in l. Labeo 31. *de usu & usufructu legat.*

Is qui fundum tecum communem habebat, usumfructum fundi uxorei legaverat. post mortem ejus tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blæsus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset: ejus partis, quæ tibi obtigerit, usumfructum mulieri nulla ex parte deberi. sed ejus, quod heredi obtigisset, totius usumfructum eam habituram. ego hoc falsum puto. nam cum ante arbitrum communi dividundo conjunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usufructus mulieris fuisset: non potuisse arbitrum inter alios indicando alterius jus mutare. quod & receptum est.

COM-

COMMENTARIUS.

I. Teſtator fundum habebat tecum communem: Sempronium heredem inſtituit: fundi uſumfructum uxorei legavit. *Uxorei* pro *uxori* vetus ſcriptura eſt Blæſi, ac Trebatii tempore frequens. Similiter legitur *Curatorei* pro *Curatori* apud Scævolam Antiquitatis ſtudioſiſſimum, *l. codicillis* 34. §. *qui Semproniam* 1. *de uſu & uſufr. legat.* Cum dixi teſtatorem fundi uſumfructum uxorei ſuæ legaſſe, intelligi volo uſumfructum, quem teſtator habebat, pro parte ſcilicet indiviſa, ideoque etiam indiviſum. ſicuti cum Tryphoninus dixit, fundum communem in dotem datum, intellexit fundum pro parte ſua tantum, *l. cum in fundo* 78. §. *ſi fundus* 4. *de jur. dot.* Nec tamen ideo nego, potuiſſe teſtatorem legare totum uſumfructum, ſive ſciret pro parte eſſe alienum, ſive ignoraret; cum uxori legaſſe proponatur, cui totus deberetur uſusfructus, ſi totus legaretur, etiamſi teſtator ignoraret ex parte eſſe alienum, *l. Quintus Mucius* 10. *de auro & arg. legat.* & expreſſius in *l. cum alienam* 10. *Cod. de legatis.* ubi ſolum agitur de legato relicto proximæ perſonæ, vel uxori, vel alii tali perſonæ, cui teſtator legaturus eſſet, etſi ſciſſet rem alienam eſſe. Hoc tantum dico, in noſtro caſu teſtatoris mentem eam fuiſſe, ut teſtator ſuum tantum uſumfructum intelligeretur legaſſe; & nullo modo cogitaſſe de uſufructu alieno, uti cogitare potuerat, *l. rem alienam* 28. *de contr. emt.* Nec cuiquam mirum videatur, teſtatorem ſocium, antequam accipiatur judicium communi dividundo, uſumfructum legaſſe inconſulto, vel etiam invito ſocio; nam & poterat ante judicium, ſive arbitrium diviſionis ſocio etiam invito partem ſuam alienare, vel pignerare: & ſi totum fundum alienaverit, vel pigneraverit, pro ejus parte ſolum conſiſtet alienatio, vel pigneratio: alterique ſocio ſalva, & incolumis erit vindicatio partis ſuæ, *l. portionem* 12. *Cod. de donat. l. multum intereſt.* 2. *l. falſo* 3. *l. portionem* 4. *Cod. de commun. rer. alien. l. ante diviſionem* 16. *Cod. de jure dot. l.* 1. *l. ſi probatum* 2. *Cod. comm. div.* Dixi, *ante judicium*, *ſive arbitrium diviſionis*: nam poſt illud videretur velle interrumpere, vel potius contemnere judicium, ſive arbitrium diviſionis, & alium litigatorem vice ſua ſubjicere. Sed redeamus ad caſum *noſtræ legis*.

II. Poſt mortem teſtatoris, Sempronius ejus heres arbitrum communi dividundo petierat. Blæſus ait, Trebatium reſpondiſſe, ſi arbiter certis regionibus fundum diviſiſſet, ejus partis, quæ Tibi obtigerit uſumfructum mulieri nulla ex parte deberi: ſed ejus quod heredi obtigiſſet, totius uſumfructum eam habituram. Labeo hoc falſum putavit permotus hac ſubtili ratione; quia duæ communiones hic ſunt, quæ conſiderari debent: nam teſtator, qui tecum habebat totum fundum communem, jus ſuum diviſit inter Sempronium heredem a ſe inſtitutum, & uxorem ſuam Sempronio

Digitized by Google

lianus 13. §. *idem Celsus* 17. *de act. emti.* ubi si fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam (pro indiviso) vendidisti, & antequam traderes, coactus es communi dividundo inter te & Titium fundum divisit certis regionibus, certisque lineis seu finibus; liberaberis ab eo cui vendidisti partem pro indiviso, si partem quæ tibi obtigit pro diviso, emtori tradideris, quamvis ei eam non vendideris, sed partem quam ante divisionem habebas pro indiviso. Non, inquam, id obstat doctrinæ antea traditæ. Liberaris enim quin emtoris jus immutes. jus enim in personam manet salvum emtori. At inquies. Hoc jus erat antea in partem indivisam. Quid inde colligis? Contentus debet esse emtor parte adjudicata pro diviso, quamvis emerit partem pro indiviso. quia etsi totus fundus venditori adjudicatus fuerit; totum fundum emtor habiturus est, aut nihil ex fundo prorsus: totum, inquam, fundum habiturus est, reddito pretio venditori, quod socio pro ejus parte persolvit, sicut eveniret, si cum ipso emtore partis pro indiviso actum esset communi dividundo. Ergo suadente æquitate eadem est emtoris conditio, sive cum ipso agatur communi dividundo, sive cum auctore, sive venditore ejus actum fuerit. ac proinde emtoris jus nihil mutatur. At vero in specie nostræ legis, adjudicato toto fundo heredi ejus, qui mulieri legavit usumfructum fundi pro parte sua; mulier habitura non est totius fundi usumfructum; quia testator non ita voluit. Contra tamen, si mulieri dictatum sit judicium communi dividundo, ut potest; & mulieri totus fundus adjudicatus fuerit; sane ex hac adjudicatione sibi facta totum fundum habebit; non ex adjudicatione facta heredi. Et similiter creditor pignoratitius, cui pars fundi communis pro indiviso obligata est, debitori adjudicato toto fundo, totum fundum pignoris jure sibi obligatum non habebit: quem haberet tamen, si totus fundus ei fuisset adjudicatus, accepto judicio communi dividundo inter creditorem, & socium, ut potest, *l. si probatum* 2. *l. communi dividundo* 7. §. *inter eos* 7. *Cod. comm. div.* Eodemque modo maritus, cui pars fundi pro indiviso data est in dotem, toto fundo mulieri adjudicato, totum fundum non habebit in dotem. Sed si ei adjudicatus fuerit; tamen totum eum fundum quasi dotalem mulieri restituet soluto matrimonio; quia beneficio partis datæ in dotem accedit altera pars, *l. cum in fundo* 78. §. *si fundus* 4. *de jure dot.*

IV. Quapropter, ut ad nostram speciem redeam, si in communione non vis persistere, & vis usumfructum dividi; age cum uxore communi dividundo, ut sane potes: hoc autem judicium bonæ fidei est. Quare si una res indivisa relicta sit, valebit utique & ceterarum divisio, & poterit iterum communi dividundo agi de ea, quæ indivisa mansit, *l. per hoc judicium* 4. §. *hoc judicium* 2. *comm. div.* in quo differt judicium communi dividundo a familiæ erciscundæ. nam familiæ erciscundæ judicium amplius quàm semel agi non potest, nisi causa cognita. Quod si quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividundo agi potest, *l. si filia* 20. §. *familiæ* 4. *famil.*

 ercisc.

ercisc. Differentiæ ratio est, quia per actionem familiæ ercifcundæ familia, id est, hereditas dividitur, *l. per familiæ* 2. *famil. ercisc.* hereditate autem divisa, divisum est universum jus: nihil igitur superest dividendum. At vero singulari re divisa, aliæ possunt indivisæ manere, ut patet in nostro exemplo proprietatis, & usufructus.

V. Verum inquies. Quomodo agam communi dividundo, si per hoc judicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, *l. per hoc judicium* 4. *comm. div.*? Ususfructus autem est jus incorporale, §. *unic. Inst. de reb. corp. & incorp.* sicut hereditas, cujus non est divisio, *d. l. per hoc judicium* 4. *in princ. comm. div.* Pro me respondeat Ulpianus *l. si cujus* 13. §. 3. *de usufr. Si inter duos* (inquit) *fructuarios sit controversia, Julianus Libro XXXVIII. Digestorum scribit, æquissimum esse, quasi communi dividundo judicium dari, vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruantur: cur enim inquit* (Julianus) *ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest jurisdictione sua componere? quam sententiam Celsus quoque Lib. XX. Digestorum probat: & ego puto veram.* Huc usque Ulpianus. Ergo si de usufructu sit inter duos controversia (ut in proposito casu inter te & uxorem testatoris) quasi communi dividundo judicium dari debet, hoc est, utile communi dividundo judicium, ut idem Ulpianus explicavit, *l. communi* 7. §. *si duo* 6. & §. *sed si* 7. *comm. div.* præeunte ipsomet Juliano, *Lib. XLI. Digest. in l. Lucio Titio* 4. *de aqua cott. & æstiva.* nimirum quia ususfructus per se non est dividuus, utpote jus incorporale.

VI. Si vero quæras, qua ratione, eo modo quo utiliter possit, per fructuum scilicet partialem perceptionem, atque ipso effectu, hic ususfructus dividi debeat in nostro casu; dicendum est, si fieri possit, ita dividi debere, ut testatoris uxor usumfructum habeat in ea parte, quæ obtigit heredi, ut quandocumque finiatur, ad eum pertineat, siquidem certum est, non plus ad te pertinere posse, quàm dimidium proprietatis, & dimidium, ut ita dicam, ususfructus, sive, quod idem est, perceptionem fructuum ex fundi parte dimidia provenientium. Et fortasse judicii exitus Trebatium induxit ut existimaret, quod Blæsus ait, eum respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, ejus partis, quæ tibi obtigerit, usumfructum mulieri nulla ex parte deberi: sed ejus quod heredi obtigisset, totius usumfructum eam habituram. nimirum veluti judicii quadam fictione voluit Trebatius novam controversiam statim ab initio resecare: etsi Labeo subtilissimi vir ingenii rem servato Juris ordine ad exitum perduci voluit.

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI,

ATEIUS CAPITO:

SIVE AD

CAII ATEII CAPITONIS FRAGMENTA COMMENTARII.

C. ATEII CAPITONIS VITA.

I. INTEGRUM Jurisconsulti Capitonis nomen fuit C. Atejus Capito. Ideoque hic est Atejus ille laudatus a Labeone, *l. avus* 79. *§. pater* 1. *de jur. dot.* & *l. qui quatuor* 30. *§. ult. de legat.* 3. a Javoleno, *l. si uxor* 39. *§. Atejus* 2. *de auro legat.* a Pomponio, *l. necessarium* 2. *§. post hunc* 47. *de orig. jur.* & a Paullo, *l. in summa* 2. *§. apud Attejum* 4. *de aqua & aquæ pluv. arc.* itemque a Festo in *v. nefrendes*, a Plinio in Indice *Lib. XXXII.* ubi male præscriptum *Lucii* prænomen: sicut in Indice *III.* errore, ut puto, librarii, nisi forte intelligi debeat Atejus Philologus, qui ab eodem Plinio allegatur in Indice *Libri IV.* Sed aliunde constare deberet Ateii Philologi prænomen. Laudatur etiam Atejus a Plutarcho in *Quæst. Rom. quæst.* 50. & a Servio ad *Virgilii Æneid. Lib. I.* ỳ. 277. & *Lib. V.* ỳ. 45. Capito dicitur a Proculo, *l. quidam* 13. *§. parietem* 1. *de serv. urb. præd.* a Pomponio, *l. necessarium* 2. *§. post hunc* 47. *de orig. jur.* Atejus Capito ab eodem Pom-

Pomponio, *dicta l. necessarium* 2. §. *post hunc* 47. *de orig. jur.* a Festo in *v. stellam*, a Suetonio *in illustrib. Gramm. cap.* 22. a Julio Frontino, *Lib. II.* de aquæductibus, a Plinio, *Lib. XIV. cap.* 13. & *Lib. XVIII. cap.* 11. (ubi prænomen A. male ei adtribuit. Iterum, & sæpius, Attejus Capito, ab eodem Plinio in *Indicibus Librorum III. IV. XIV. XV. XVIII.* a Gellio, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 12. & a Macrobio, *Saturnal. Lib. I. cap.* 14. *Lib. III. cap.* 10. *bis* & *Lib. VII. cap.* 13. & Capito Atejus, a Festo, in *v. mundus*, *porcam*, *propudianus*, *reus*, *promittendo*, *rutilæ*; a Suetonio in *illustr. Gramm. cap.* 10. & a Gellio, *Lib. IV. cap.* 10. Integre, C. Atejus Capito in inscriptione apud Manutium in *Orthographiæ Ratione*, *pag.* 79. & apud Gruterum, *pag. DCCCXCVII. nu.* 9. & in tessera ossea apud Muratorium in *Novo Thesauro veterum Inscriptionum*, *pag. CCXCIX. num.* 2. Unde constat nomen, Atejus, unico T. scribi debere, etsi sæpe in manuscriptis duplicetur, ut in Pandectis Florentinis, & apud M. Tullium in M. Cælii ad Ciceronem *epist.* 8. *Lib. VIII.*

II. De C. Atejo Capitone, utpote de sectæ legalis Principe, egregie scripsit Pomponius, *l. necessarium* 2. §. 47. ubi hæc refert. *Post hunc* (intellige Tuberonem) *maximæ auctoritatis fuerunt Atejus Capito*, *qui Ofilium secutus est*: *& Antistius Labeo*, *qui omnes hos audivit* (videlicet Trebatium, Cascellium, Ofilium, & Tuberonem: & opinor etiam audire potuisse Servii Sulpicii discipulos commemoratos a Pomponio in *eadem l.* §. *ab hoc* 44. nam eorum ætas nullo modo obstat) *institutus est autem a Trebatio. Ex his* (Atejo scilicet Capitone, & Antistio Labeone) *Atejus Consul fuit*: (Hujus Consulatus meminit Ulpianus, *l. quod & Atejus Capito* 29. *de ritu nupt.* Fuit autem Consul non ordinarius, ut disertissimus Muretus credidit; neque A. Christi XII. confundens eum cum C. Fontejo Capitone; sed suffectus Calendis Julii una cum C. Vibio Postumo, a. u. c. DCCLIX. quo fuerunt Consules Ordinarii M. Æmilius Lepidus & L. Arruntius. Probantur autem Ateii & Vibii Consulatus ex lapide inscripto apud Aldum in *Orthographiæ Ratione*, *pag.* 79. & Gruterum, *pag. DCCCXCVII. num.* 9. Panvinium in *Commentario in Lib. II. Fastorum*, *pag.* 290. ubi inscriptio legitur plenior, & apud laudatum Gruterum, *pag. MLXXXII. nu.* 2. Eorundem etiam Consulatus constant ex tessera gladiatoria ossea, quam ex Cl. Gorio descripsit doctissimus Muratorius in *Novo Thesauro veterum Inscriptionum*, *pag. CCXCIX. nu.* 2.) *Labeo noluit*, *cum offerretur ei ab Augusto Consulatus*, *quo suffectus fieret*, *& honorem suscipere* (Ant. Goveanus, *Lect. variar. Lib. I. cap.* 24. & M. Antonius Muretus ad hanc legem pro *&*, legerunt, *eum*, optimo sensu; sed, si lectionem Florentinam retinere vis, non incongrua erit constructio sequens:) *Labeo noluit* (Consul esse) *cum offerretur ei ab Augusto Consulatus*, *quo* (id est, *ut*, vel quo Consulatu) *suffectus fieret*, *&* (noluit) *honorem* (Consulatus) *suscipere*. Quæ lectio si duriuscula videtur; suavior erit, si secundum exemplar M.S. quod in *Prætermissis*

missis ad l. 2. de orig. jur. se possidere dixit diligentissimus discrepantium scripturarum observator, Bynkershoekius, legamus, *susciperet*: quod mihi etiam olim in mentem venerat, ut sensus sit, Labeonem noluisse Consulatum, quo suffectus fieret, & unice honorem susciperet, cum se Populi suffragiis existimaret dignissimum, qui & Ordinarius eligeretur. Nisi malis id tanquam ominosum aversatum fuisse Labeonem antiquitatis observantissimum. (Vide Ciceronem *epist. 19. ad Atticum Lib. II. &* Livium *Lib. V. cap. 31.*) *sed plurimum studiis operam dedit* (Labeo scilicet) *& totum annum ita diviserat, ut Romæ sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet, & conscribendis libris operam daret. Itaque reliquit quadraginta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo* (Atejus Capito, & Antistius Labeo) *primùm veluti diversas sectas fecerunt. Nam Atejus Capito in his, quæ ei tradita fuerunt,* (a magistris suis, & ab Ofilio præsertim) *perseverabat. Labeo ingenii qualitate, & fiducia doctrinæ, qui & cæteris operis sapientiæ* (id est, aliis scientiis præter Jurisprudentiam, vide Gellium, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap. 10.*) *operam dederat, plurima innovare instituit. Et ita Atejo Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva; adbuc eas dissensiones auxerunt.*

III. Ait Pomponius, eos *veluti diversas sectas fecisse*: nam eorum studium non fuit alterum alteri contradicere, ut soliti sunt facere recentiorum sectarum auctores; sed Jurisprudentiam illustrare, unusquisque suo proposito, & modo. Itaque videmus apud Gellium, *Noct. Atticar. Lib. XIV. cap. 7.* Capitonem Tuberoni Labeonis magistro assensisse contra sententiam Junii Gracchani. Idemque postea illorum discipuli factitarunt: etsi pro ingeniorum studiorumque diversitate variæ controversiæ inter utramque Scholam fuerunt. Hoc ex eo confirmatur, quod non statim ab initio Scholarum nomina diversa fuerunt; sed tempore procedente: atque ea nomina varia fuerunt pro magistrorum coævorum diversitate, & discipulorum erga eos amore. Nam Atejo Capitoni, uti dictum est, successit Massurius Sabinus, qui publice primus scripsit, ut refert Pomponius, *l. necessarium 2. §. post hunc 47. de orig. jur.* hoc est, auctoritate publica, quam ab Augusto accepit. Ideoque *ad Sabinum* scripsit, id est, ejus libros interpretatus est Sex. Pomponius libris triginta sex: item Julius Paulus, libris sexdecim. Fuisse autem Massurium Sabinum, & non Cælium Sabinum, Jurisconsultum illum, ad quem Paulus scripsit, constat ex *princ. Instit. de her. instit.* Ad eundem Massurium Sabinum etiam scripsit Domitius Ulpianus, ut constat ex *l. 1. de legation.* consulta inscriptione, item *ex l. ult. cod. de her. inst.* & ex Gellio *Noctium Atticar. Lib. IV. cap. 4.* juncta *l. falsus 43. §. quod si 5. de furtis.*

IV. Massurio Sabino successit C. Cassius Longinus, *l. quædam 19. §. unde videndum 2. de receptis*, qui Cassianæ Scholæ princeps & parens fuit, ut refert Plinius, *epist. 24. Lib. VII.* ideoque ejus sectatores appellati sunt

Cassiani, ut docet Pomponius ibidem. Quos *Proculejanis* oppofuit Ulpianus, *tit.* 9. *de tutelis* §. *liberantur* 28. Fuit Conful fuffectus A. Chr. XXX. Sub Caligula Afiæ præfuit A. Chr. XLI. tefte Dione, *Lib. LIX. pag.* 662. Sub Claudio Syriam rexit A. Chr. XLIX. ut refert Tacitus, *Annal. Lib. XII. cap.* 11. præeunte Jofepho, *Antiquit. Judäicar. Lib. XX. cap.* 1. Caffius autem in fuis libris fecutus eft eandem methodum, ac Maffurius Sabinus, ut conftat ex quindecim Javoleni libris ex Caffio.

V. Eodem Pomponio referente, Caffio Cœlius Sabinus fucceffit, qui plurimum temporibus Vefpafiani potuit: ab eoque ejus difcipuli dicti *Sabiniani*, *l. fed interim* 11. §. *idem* 3. *de donat. inter vir. & uxor.* ut diftinguerentur a *Proculianis*, ut ex eodem Pomponio didici, & a Juftiniano, §. *cum autem* 25. *Inft. de div. rer.*

VI. Illud autem obfervandum eft, Ulpianum tractantem de Ædilicio Edicto, cum allegat Sabinum, intelligere Cœlium, *l. quæritur* 14. *l. fi quis fit* 17. *l. fi vero* 20. *l. Ædiles* 38. §. *fed enim* 7. §. *videndi* 11. *de Ædil. Edicto*: quia Cœlius Sabinus librum ad Edictum Ædilium Curulium compofuit, tefte Gellio, *Noct. Atticar. Lib. IV. cap.* 2. *juncto Lib. VII. cap.* 4. unde fortaffe pro *Cæcilio* legendum, *Cœlius*, *dicta l. quæritur* 14. §. *ult. de Ædil. Edicto.* Eundem Cœlium Sabinum in eodem argumento allegavit Gajus, *l. fi vero* 20. & Venulejus *l. ult. de Ædil. Edicto.*

VII. Cœlio Sabino, ut refert Pomponius, fucceffit Prifcus Javolenus Juliani Præceptor, cujus exemplo ipfe Julianus in Prætura & Confulatu fuo, fervos fuos apud fe manumifit, *l. an apud fe* 5. *de manum. vind.* adeoque floruit fub Trajano: quod confirmatur Plinii *epiftola* 15. *Lib. VI.*

VIII. *Javoleno Prifco* (fucceffit) *Aburnius Valens*, & *Tufcianus*, *item Salvius Julianus*, ut refert Pomponius. In Juliano autem qui Perpetuum compofuit Edictum, A. Chr. CXXXI. fecundum B. Hieronymum *in Chronico Eufebiano*, defierunt Jurifconfultorum Scholæ contrariæ.

IX. Antiftio Labeoni, alterius Sectæ Principi, fucceffit Nerva pater, integro nomine M. Coccejus Nerva, qui Cæfari (Tiberio) familiariffimus fuit, ut ait Pomponius, & Conful fuit, ut refert Tacitus, *Annal. Lib. IV. cap.* 58. fuffectus fcilicet cum C. Vibio Rufino, A. Chr. XXII. & tamen licet effet (ut loquitur idem Tacitus *Annal. Lib. VI. cap.* 26.) *continuus Principis*, *omnis divini humanique Juris fciens*, *integro ftatu*, *corpore inlæfo*, *moriendi confilium cepit*, Servio Galba & L. Sulla Coff. A. Chr. XXXIII.

X. Nervæ patri fucceffit Nerva filius, qui annorum decem & feptem ætate, aut paullo majore, fertur publice de jure refponfitaffe, uti refert Ulpianus, *l.* 1. §. *initium* 3. *de poftul.* Tacitus *Annal. Lib. XV. cap.* 72. ait Prætorem defignatum fuiffe A. quo fuerunt Coff. A. Licinius Nerva, & M. Veftinus Atticus Æræ Chriftianæ LXV.

XI. Nervæ patri fucceffit Licinius Proculus, qui nomen dedit *Proculianis*,

Digitized by Google

lianis, ut ait Pomponius. Et uterque diversæ Scholæ Sabini & Cassii dicuntur esse ab Ulpiano, *l.* 1. *§. sed an* 2. *de contr. emt. juncto §. item* 2. *Inst. de empt. & vend. Proculianum* autem nomen cœpisse videtur ab A. Chr. XXXIII. quo decessit Nerva pater, ejus præceptor.

XII. Fuit eodem tempore alius Cassius Longinus ex equestri quidem ordine, qui postea ad Præturam usque pervenit. Sed Proculi auctoritas major fuit: nam etiam plurimum potuit, ut ait Pomponius, & confirmat Tacitus in *Annalibus*, variis locis.

XIII. Proculo successit Pegasus, qui temporibus Vespasiani Præfectus Urbi fuit, ut refert Pomponius, ad cujus Præfecturam allusit Juvenalis, *sat. IV. v.* 77. ubi vide veterem interpretem.

XIV. Pegaso successit Celsus Pater, ut ait idem Pomponius, fuitque in Consilio Duceni Veri Consulis, ut refert ejus filius, *l. pater meus* 29. *de leg.* 2. De hoc autem Consule controversia est inter eruditos, credentes ejus nominis scripturam depravatam esse. Sed quid impedit quominus conjectemur, fuisse Consulem suffectum?

XV. Successerunt Patri Celso Celsus filius, & Priscus Neratius: qui utrique Consules fuerunt, Celsus quidem & iterum, uti narrat Pomponius, & confirmant Fasti Consulares ad A. Chr. CXXIX. quo hi Consules leguntur, Q. Julius Balbus, P. Juventius Celsus II. quibus suffecti fuerunt C. Neratius Marcellus, Gn. Lollius Gallus. Accedit laterculus Musei Medicei, quem ex Gorio descripsit Muratorius, *pag. CCCXXV. num.* 8. ubi Juventius & Marcellus leguntur II. Consules. Quo vero anno P. Juventius primum Consulatum obtinuerit, ignoro. Hoc obiter noto, *in l. item veniunt* 20. *§. præter hæc* 6. *de her. pet.* videri designari alios Consules suffectos, nimirum Titum Aufidium & Œmum Severianum, ut existimavit Alciatus, *Parerg. Jur. Lib. V. cap.* 10. quem secutus est Ant. Augustinus. Neratius Priscus Consul fuit cum Annio Vero, *l. is qui* 6. *ad leg. Cornel. de sicariis*, etsi annus ignoretur ob Fastorum Consularium defectum. Fuit in Consilio Trajani, *l. Divus Trajanus* 5. *si a parente quis manum. sit.* Postea in Consilio Hadriani, ut refert Spartianus in *Hadriano*, *cap.* 18.

XVI. Sed ut ea quæ dicta sunt de Jurisconsultorum Sectis, non solum mente, sed oculis etiam percipiantur, ecce hanc tabellam.

Digitized by Google

Cassiani. *Sabiniani.*	*Proculiani.* *Pegasiani.*

Sub AUGUSTO.

C. Atejus Capito, Ofilii discipulus, Cos. suffectus A. Chr. VI. Obiit A. Chr. XXII.

C. Antistius Labeo, Trebatii, Cascellii, Ofilii, & Tuberonis discipulus. Vita functus antequam Capito. Gell. N. A. lib. XIII. c. 12.

Sub TIBERIO.

Massurius Sabinus, qui primus publica auctoritate respondit: ideoque ad Sabinum plurimi J.Cti. scripserunt.

M. Coccejus M. F. M. N. Nerva Cos. suffectus A. Chr. XXII. Obiit A. XXXIII. sub Tiberio.

Sub C. CLAUDIO NERONE.

C. Cassius Longinus, a quo Cassiani, Cos. suffectus A. Chr. XXX. Sub Caligula Asiæ præfuit A. Chr. XLI. Sub Claudio Syriam rexit, A. XLIX.

Nerva filius Prætor designatus A. Chr. LXV. Licinius Proculus, qui A. Chr. XXXIII. Nervæ successit, a quo dicti *Proculiani.*

Sub VESPASIANO.

Cœlius Sabinus, qui nomen dedit *Sabinianis.*

Pegasus, Proculi discipulus, Præfectus Urbi sub Vespasiano & Domitiano ab A. Chr. LXXXIV.

Sub TRAIANO.

Priscus Javolenus.

Sub HADRIANO.

Celsus Pater, qui fuit in Consilio Duceni Veri Consulis.
Neratius Priscus, qui fuit in Consiliis Trajani, & Hadriani.
Celsus Fil. qui Cos. fuit iterum, A. Chr. CXXIX.
Aburnius Valens.
Tuscianus.
Salvius Julianus.

XVII.

XVII. Sed redeamus ad Atejum Capitonem, & ſimul ex Pomponii narratione Auguſti Cæſaris magni politici arcana patefaciamus, Cornelio Tacito facem præferente: qui *Annal. Lib. I. cap.* 2. ita ſcripſit. *Poſtquam Bruto & Caſſio cæſis, nulla jam publica arma; Pompeius apud Siciliam oppreſſus; exutoque Lepido, interfecto Antonio, ne Julianis quidem partibus niſi Cæſar dux reliquus: poſito Triumviri nomine, Conſulem ſe ferens, & ad tuendam Plebem Tribunicio jure contentum, ubi militem donis, Populum annona, cunctos dulcedine otii pellexit; inſurgere paulatim, munia Senatus, magiſtratuum, legum in ſe trahere, nullo adverſante; cum ferociſſimi per acies aut proſcriptione cecidiſſent: cæteri nobilium, quanto quis ſervitio promptior, opibus & honoribus extollerentur: ac novis ex rebus aucti, tuta & præſentia, quam vetera & periculoſa mallent. Neque Provinciæ illum rerum ſtatum abnuebant, ſuſpecto Senatus Populique imperio ob certamina potentium, & avaritiam magiſtratuum: invalido legum auxilio, quæ vi, ambitu, poſtremo pecunia turbabantur.* Nos hîc videamus qua arte munia legum in ſe traxerit. Cum ille conſideraret, novo regno ſtabiliendo ſub ſpecie Reipublicæ reparandæ & conſtituendæ, novas leges neceſſarias eſſe; initio Imperii ſui plures rogationes ad Populum tulit ſervato vetere liberæ Reipublicæ more: & ideo videmus eo imperante tot leges latas ab eo dictas *Julias*, ut taceam plurimas alias, quas recenſere longum eſſet. Verum illi facile non erat, aut ſaltem invidiæ expoſitum videbatur, plurimas leges conſilio ſuo contrarias evertere ea libertate, qua ſexto Conſulatu, quæ Triumviratum juſſerat, abolevit, ut refert Tacitus, *Annal. Lib. III. cap.* 28. nam illud fecit ſpecie libertatis reſtituendæ; hoc videretur ſervituti novum jugum imponere. Unum igitur ſubſidium ſibi ſupererat, ut per legum peritos auctoritate apud Populum potentes, novis interpretationibus antiquas leges ad præſentem Reipublicæ ſtatum accommodaret, novaſque leges Imperio ſtabiliendo introduceret. Exemplo ſit Poteſtatis Tribunitiæ petitio. Nam, ut docuit Tacitus *Annal. Lib. III. cap.* 56. *Id ſummi faſtigii vocabulum Auguſtus repperit, ne Regis aut Dictatoris nomen adſumeret, ac tamen appellatione aliqua cetera imperia præmineret.* Illud negotium magiſtratibus annuis committere erat imperii arcanum patefacere, & parum tutum: per ſe exſequi erat aperte dominationem introducere, & rem invidioſam perpetrare. Quamobrem ſecurius & prudentius exiſtimavit Juriſconſultorum opera uti, penes quos in Republica libera leges interpretandi poteſtas fuerat, quorumque auctoritas apud Populum ſumma ſemper fuerat: proveniebat enim ex ipſa conſulentium frequentia, ob juſtam opinionem ſapientiæ illorum. Eo itaque conſilio immodicam illam reſpondendi licentiam, quam arrogabant ſibi, qui ſe exiſtimabant Juriſperitos, coërcuit, eamque conceſſit perpaucis, quos beneficio illo ſibi obſtringere ſperabat, &, ut ait Pomponius *dicta l.* 2. *§. ult. de orig. jur. Primus Divus Auguſtus, ut major juris auctoritas haberetur, conſtituit, ut ex auctoritate ejus reſponderent: & ex illo tempore*

peti hoc pro beneficio cœpit. Præterea responsa signata dari cœperunt, a quibus Judicibus recedere in judicando non licebat, ut refert Pomponius dicto loco, adjuncto Justiniano, §. *responsa* 8. *Inst. de jure nat. gent. & civ.* Ita factum fuit, ut eisdem Magistratuum vocabulis manentibus Reipublicæ regimen omnino mutatum fuerit.

XVIII. Erant eo tempore duo insignes Jurisconsulti Antistius Labeo, & Atejus Capito, quæ jure optimo *duo pacis decora* appellavit Tacitus, *Lib. III. Annal. cap.* 75. Idcirco Augustus operam dedit, ut utriusque voluntatem sibi conciliaret. Quod a Labeone minime impetrare potuit. Ejus pater, vir alioquin notæ sapientiæ, cum Reipublicæ libertatis spem amisisset, in se ipsum ferox, ne dominationi collum submitteret, gladium servo, & eidem jugulum præbuit, ut refert Appianus Alexandrinus de *Bellis Civil. Lib. IV. pag.* 669. Ipse autem Antistius Labeo Stoicorum affectans severitatem, libertatis pristinæ defensor videri volebat, nullo Augusti respectu, ut videre est apud Suetonium in *Augusto*, *cap.* 54. ubi hæc legimus. *Antistius Labeo Senatus lectione, cum vir virum legeret, M. Lepidum, hostem olim ejus* (Augusti) *& tunc exulantem legit: interrogatusque ab eo, an essent alii digniores, Suum quemque judicium habere respondit.* Hoc ipsum paullo aliter, & plenius narravit Dio Cassius, *Lib. LIV. pag.* 531. *Cum Antistius (cujus arbitrio legendum Senatum Augustus permiserat) in Senatorum numerum Lepidum retulisset, perjurium ei Augustus objecit, suppliciumque minatus est: at cum is respondisset, Non videri sibi rem indignam hanc a se factam, quòd eum virum in Senatu retinuisset, quem ipse Augustus adhuc pateretur esse Pontificem Maximum, iram omnem Augustus remisit, qui sane cum sæpe numero & privatim & publico judicio hoc sibi Sacerdotium expetiisset, non censuit tamen id vivo Lepido occupandum. Hoc itaque dictum Antistii haud importunum prolatum esse videbatur, sicut ne illud quidem, cum in Senatu mentione aliquando illata, convenire ut Augustum ipsi per ordinem singuli custodirent; neque contradicere ausus, neque assentiri sustinens, somnolentum se, & excubiis pro eo agendis inhabilem esse dixit.* Pertinet huc quod Gellius narrat, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 12. *In quadam* (inquit) *Epistola Atei Capitonis scriptum legimus, Labeonem Antistium legum atque morum Populi Romani Jurisque Civilis doctum apprime fuisse. Sed agitabat, inquit, hominem libertas quædam nimia atque vecors; usque eo ut Divo Augusto jam Principe & Rempublicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet nisi quod justum* (lego, *jussum* ut reprehensio sit honesta) *sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset.* Mirum igitur non est, Horatium *Satirar. Lib. I. sat.* 3. ℣. 80. Labeonem ut insanum perstrinxisse.

> *Si quis eum servum, patinam qui tollere jussus,*
> *Semesos pisces tepidumque ligurrierit jus,*
> *In cruce suffigat: Labeone insanior inter*
> *Sanos dicatur.*

Ad

Ad quem locum Acro, vetus Grammaticus hæc adnotavit. *Marcus* (debuit scribere, *Cajus*) *Antistius Labeo jurisperitus memoratæ libertatis, nam in Augustum libere invectus est, ideo eum nunc Poëta male tractat, ut gratificetur Augusto*. Hoc autem Horatii judicium non impedivit quominus Enothea apud Petronium Arbitrum in *Satyrico* Servium Sulpicium & Antistium Labeonem tanquam Jurisconsultorum principes laudarit, cum dixit:

Atque esto quidquid Servius, & Labeo.

XIX. Longe aliter se gerebat erga Principem Atejus Capito, ut colligi potest ex eo quod de vili ejus adulatione erga Tiberium narravit Tacitus *Annal. Lib. III. cap.* 70. *L. Ennium* (inquit) *Equitem Romanum majestatis postulatus, quod effigiem Principis promiscuum ad usum argenti vertisset, recipi Cæsar inter eos vetuit; palam aspernante Atejo Capitone quasi per libertatem. Non enim debere eripi patribus vim statuendi: neque tantum maleficium impune habendum. sane lentus in suo dolore esset; Reipublicæ injurias ne largiretur. Intellexit hæc Tiberius ut erant magis, quam ut dicebantur: perstititque intercedere. Capito insignitior infamia fuit, quod humani divinique Juris sciens, egregium publicum, & bonas domi artes dehonestavisset.*

XX. Notabile aliud adulationis exemplum Ateji erga Tiberium refert Suetonius, *Lib. de illustr. Grammaticis*, agens de M. Pomponio Marcello. *Hic idem* (inquit) *cum ex oratione Tiberium reprehendisset: affirmante Atejo Capitone, &, esse illud Latinum, &, si non esset, futurum; Certe jam inde mentitur, inquit, Capito. Tu enim, Cæsar, civitatem dare potes hominibus, verbis non potes.* Paullo fusius hoc narravit Dio, *Lib. LVII. pag.* 613. *Sequenti anno* (U. C. DCLXX.) *C. Cæcilius Rufus, L. Pomponius Flaccus, Consulum nomen gesserunt. Tiberius strenam a quibusdam oblatam, non accepit: eaque de re Edictum proposuit, in eo voce non Latina usus. Ejus cum in mentem ipsi noctu venisset, ut erat elegantiæ in loquendo perquam diligens, omnes qui Latinæ linguæ proprietatem studiose observarent, ad se vocavit. Ibi Atejo Capitone dicente, tametsi nemo ante ipsum eo vocabulo usus fuisset, nunc nihilominus in Tiberii gratiam inter antiqua referendum: Marcellus quidam subdidit, Cæsarem hominibus civitatem Romanam dare posse, verbis non posse. Eam ejus immoderatam libertatem æquo animo Tiberius tulit.* Ex hoc Dionis testimonio apparet, Atejum Capitonem a Tiberio vocatum fuisse propterea quod Latinæ linguæ proprietatem optime callebat. Quemadmodum igitur Horatius Labeonem in Satira notaverat, quia Augusti voluntati aversabatur; ita Atejum Capitonem Augusto obsequentem ob liberalitatem laudavit, cum *Satirar. Lib. I. sat.* 5. *v.* 37.

In Mamurrarum lassi deinde urbe manemus,
Murenâ præbente domum, Capitone culinam.

Mirum itaque non est, Augustum favisse magis Atejo Capitoni, quàm Antistio Labeoni.

XXI.

XXI. Utriusque Jurisconsulti pulcram comparationem reliquit nobis Tacitus, *Annal. Lib. III. cap.* 75. ubi referens insignium virorum obitus, qui contigere D. Haterio Agrippa, & C. Sulpicio Galba Coss. A. Æræ Chr. XXII. Ateii Capitonis mortem commemoravit. *Obiere* (inquit) *eo anno viri inlustres Asinius Saloninus, M. Agrippa & Pollione Asinio avis, fratre Druso insignis, Cæsarique progener destinatus. Et Capito Atejus, de quo memoravi, principem in civitate locum studiis civilibus adsecutus; sed avo centurione Sullano, patre prætorio. Consulatum ei adceleraverat Augustus, ut Labeonem Antistium iisdem artibus præcellentem dignatione ejus magistratus anteiret. Namque illa ætas duo pacis decora simul tulit. Sed Labeo incorrupta libertate, & ob id fama celebratior: Capitonis obsequium dominantibus* (Augusto, & Tiberio) *magis probabatur. Illi* (Labeoni) *quod Præturam intra stetit, commendatio ex injuria; huic* (Capitoni) *quod Consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur.*

XXII. Atejum Capitonem supervixisse Antistio Labeoni constat ex Gellio, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 12.

XXIII. Cum igitur Atejus Capito gratus esset Tiberio, mirum non est Senatum magni momenti res ei commisisse, uti contigit Druso Cæsare & C. Norbano Coss. Nam ut ait Tacitus *Annal. Lib. I. cap.* 76. & 79. *Eo anno continuis imbribus auctus Tiberis plana urbis stagnaverat: relabentem secuta est ædificiorum & hominum strages. Remedium coërcendi fluminis Atejo Capitoni, & L. Arruntio mandatum: qui postea cum Senatu tractarunt quid agendum esset, auditis iis quorum intererat.*

XXIV. Egregia reliquit Atejus Capito ingenii sui monumenta, cujusmodi fuerunt.

XXV. *Epistolæ*, quarum unam laudavit Gellius, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 12.

XXVI. *De Officio Senatoris*, liber, cujus meminit Gellius, *Noct. Atticar. Lib. IV. cap.* 10.

XXVII. Conjectanea, commemorata a Gellio, *Lib. II. cap.* 24. *Lib. XX. cap.* 2. & a Nonio Marcello *v. siticines*, quorum *Liber nonus*, qui inscriptus erat *De judiciis publicis*, laudatur a Gellio, *Lib. I. cap.* 14. & *Lib. X. cap.* 6. & *Liber ducentesimus quinquagesimus nonus* ab eodem Gellio, *Lib. XIV. cap.* 7. Unde colligitur mirabilis tot argumentorum varietas.

XXVIII. *Liber primus de Jure Sacrificiorum* allegatur a Macrobio *Saturnal. Lib. III. cap.* 10.

XXIX. *De Pontificio Jure quintus Liber* celebratur a Gellio, *Lib. IV. cap.* 6. & *Liber sextus Pontificalis*, a Festo in *v. mundus.*

XXX. Quam elegans esset ejus stilus, videre est apud Macrobium, *Saturnal. Lib. VII. cap.* 13. Ejus libri videntur jam periisse ætate Justiniani, in cujus Pandectis solum allegantur a Jurisconsultis; nullus vero textus exceptus est ex ejus operibus. Macrobius fuit postremus, qui ejus libros legit,

Digitized by Google

legit, ex iis ſcriptoribus, qui nobis ſuperſtites ſunt, quod maxime mirandum eſt, cum a Tacito dicatur *Humani Divinique Juris ſciens*, *Lib. III. Annal. cap.* 70. a Gellio, *publici privatique Juris peritiſſimus*, *Lib. X. cap.* 20. a Cæcina Albino apud Macrobium, *Saturnal. Lib. VII. cap.* 13. *Pontificii Juris inter primos peritus.*

PROCULUS Libro ſecundo Epiſtolarum. in l. quidam 13. *§. parietem* 1. *de ſervit. prædior. urbanor.*

Parietem communem incruſtare licet ſecundum Capitonis ſententiam: ſicut licet mihi pretioſiſſimas picturas habere in pariete communi. ceterum ſi demolitus ſit vicinus, & ex ſtipulatu actione damni infecti agatur, non pluris quàm vulgaria tectoria, æſtimari debent. quod obſervari & in incruſtatione oportet.

COMMENTARIUS.

I. Parietem communem incruſtare licet ſecundum Capitonis ſententiam: ſicut licet mihi pretioſiſſimas picturas habere in pariete communi. Incruſtare parietem eſt parieti cruſtam adjungere, inducere, & applicare. Hæ cruſtæ plerumque erant marmoreæ, *l. fundi* 17. *§. quæ tabulæ* 3. *de actionib. emt.* nimirum marmor in cruſtas tenues ſecabatur, & parieti imponebatur, & pro tectorio ei dabatur, Lucanus, *Lib. X.* ℣. 114.

Nec ſummis cruſtata domus, ſectiſque nitebat
Marmoribus.

Inde Sidonio *cruſtatus paries*, *carm. XXII.* ℣. 147.

Sectilibus paries tabulis cruſtatus ad aurea
Tecta venit, fulvo nimis abſcondenda metallo.

Quod de parietibus diximus, de pavimento etiam intelligendum eſt. Hoc enim etiam incruſtabatur. Secandi modum legimus apud Plinium, *Libro XXXVI. cap.* 6. *Arena hoc fit, & ferro videtur fieri, ſerra in prætenui linea premente arenas, verſandoque, tractu ipſo ſecante.* quod ſæpiſſime lapicidas ego facere vidi. Nunc jam intelligimus quæ ſint illæ incruſtationes, quæ ſpeciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent, adeoque a Paulo inter impenſas voluptuarias referuntur, *l. impenſæ* 79. *§. voluptuariæ* 2. *de verb. ſign.* Intelligimus etiam, quæ ſint illa marmora, quæ ad domus ornatum pertinent, quæque Nerva filius dixit, eum cui uſusfructus ædium legatus ſit, immittere poſſe, *l. ſi cujus* 13. *§. ſed ſi* 7. *de uſufr.* Originem harum incruſtationum refert Plinius hoc modo, *Lib. XXXVI. cap.* 6. *Primum Romæ parietes cruſta marmoris operuiſſe totius domus ſuæ in Cœlio monte Cornelius Nepos tradidit Mamurram Formiis natum, equitem Romanum, Præfectum fabrorum C. Cæſaris in Gallia.* Cruſtæ illæ a longe diſſitis terris comportabantur. quem luxum reprehendens Petronius Arbiter, ita cecinit.

Hinc Numidæ cruſtas, illinc ſua vellera Seres.
Et deſpiciens Sidonius in eleganti Papianillæ prædii deſcriptione, *epiſt.* 2. *Lib. II.* ita ſcripſit. *Jam ſi marmora inquiras, non illic quidem Paros, Caryſtos, Proconiſſos, Phryges, Numidæ, Spartiatæ, rupium variatarum poſuere cruſtas.* Has incruſtationes comparavit Capito cum picturis. Idem fecit Celſus apud Ulpianum, *l. ſi cujus* 13. *§. ſed ſi* 7. *de uſufr.* Idem Ulpianus *l. fundi* 17. *§. quæ tabulæ* 3. *de act. emt.* Paulus *l. impenſæ* 79. *§. voluptuariæ* 2. *de verb. ſign.* Picturarum in parietibus originem refert Plinius, *Lib. XXXV. cap.* 10. *Primus* (M. Ludius qui ſub Auguſto vixit) *inſtituit amœniſſimam parietum picturam, villas, & porticus, ac topiaria opera, lucos, nemora, colles, piſcinas, euripos, amnes, litora, qualia quis optaret, varias ibi obambulantium ſpecies, aut navigantium, terraque villas adeuntium a ſellis, aut vehiculis. Jam piſcantes aucupanteſque, aut venantes, aut etiam vindemiantes, ſunt in ejus exemplaribus: nobiles, paluſtri acceſſu villæ, ſuccollantium ſpecie mulieres, labentes trepidæque feruntur: plurimæ præterea argutiæ, facetiſſimi ſales.* Hactenus Plinius, unde liquet, jure picturas appellari pretioſiſſimas *hac noſtra lege.* Indicavimus initia incruſtationum, & picturarum: plus auſa luxuria, imperatore Claudio. tunc enim picturis ornari cœperunt lapides, mox ſub Nerone quoque auro tegi. Præterea cruſtis marmoreis inſeri cœperunt parvæ maculæ diverſi coloris, repræſentaturæ rerum & animalium figuras, quas deliciis parabat curioſa artificis induſtria: & ſimul ac contigit operoſa elegantia, illa pictura ante laudata minus placere cœpit, auctore Plinio, *Lib. XXXV. cap.* 1. Huc pertinet egregius Senecæ locus *epiſt. LXXXVI.* ſic ſe habens. *Pauper ſibi videtur ac ſordidus, niſi parietes magnis & pretioſis orbibus refulſerunt; niſi Alexandrina marmora Numidicis cruſtis diſtincta ſunt; niſi illis undique operoſa & in picturæ modum variata circumlitio prætexitur; niſi vitro abſconditur camera; niſi Thaſius lapis, quondam rarum in aliquo ſpectaculum templo piſcinas noſtras circumdedit.* Adde Tertullianum *de Idololatria, cap.* 8. *ſcit* (inquit) *albarius tector, & tecta ſarcire, & tectoria inducere, & ciſternas liare, & cymatia diſtendere, & multa ornamenta præter ſimulacra parietibus incruſtare.* Sed ſæculorum illorum relicto luxu, ait Capito, Parietem communem incruſtare licere, ſicut in eo pretioſiſſimas picturas habere licere. Ceterum ſi demolitus ſit vicinus parietem communem, quod ſane licet, *l. ſi ædes* 12. *com. divid.* & ille qui parietem incruſtari, aut pingi juſſit, ex ſtipulatu actione damni infecti agat, non pluris quam vulgaria tectoria æſtimari debent, picturæ, quod obſervari & in incruſtatione oportet.

MARCIA-

MARCIANUS Libro decimo Institutionum. in l. invitam 28. de ritu nuptiarum.

Invitam libertam uxorem ducere patronus non potest.

ULPIANUS Libro tertio ad Legem Juliam & Papiam. in l. quod & Atejus 29. de ritu nuptiarum.

Quod & Atejus Capito Consulatu suo fertur decrevisse. hoc tamen ita observandum est, nisi patronus ideo eam manumisit, ut uxorem eam ducat.

COMMENTARIUS.

I. Imperatores Diocletianus & Maximianus *in l. 14. Cod. de nuptiis* in hanc sententiam rescripserunt cuidam Titio. *Neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest: unde intelligis liberam facultatem contrahendi, atque distrahendi matrimonii, transferri ad necessitatem non oportere.* Vide *l. heres 79. §. ult. de cond. & dem. l. si pœnituit 3. de divortiis, l. si stipulatio 19. l. Titia 134. de verb. oblig. l. libera 2. Cod. de inutil. stipul.* Merito Diocletianus & Maximianus matrimonium appellant *contractum*: divortium, *distractum*: nam utrumque consensum requirit, & quidem personalem, adeo ut nec filium quidem familias invitum ad uxorem ducendam cogi legum disciplina permittat, *l. nec filium 12. Cod. de nupt. l. non cogitur 21. de ritu nupt.* quod tamen sic intelligendum, si pater cum injuria, aut sine justa causa cogat, aut prohibeat filium suum matrimonium contrahere: alioquin sine injuria, & ob justam causam potest pater filium ad matrimonium cogere, aut indignum matrimonium prohibere: & filius ob debitam ei reverentiam, & generi suo honorem, obedire debet, *l. si pater 22. de ritu nuptiar. cap. tua sanctitas in fine 31. quæst. 2. cap. 1. in fine de sponsal. impub.* De auctoritate autem politica in matrimoniis vide Franciscum Ramos del Manzano, togatorum Hispanorum doctissimum, *ad leges Juliam & Papiam, Lib. III. cap. 49. & 50.* Sed ad propositum redeamus.

II. Si pater, qui jus vitæ & necis in filium habebat, & una cum eo persona censebatur, filium ad ducendam uxorem cogere non poterat; consequens est, quod Marcianus docet, invitam libertam uxorem ducere patronum non posse, *l. invitam 28. de ritu nupt.* & hoc est, quod & Atejus Capito Consulatu suo, qui per suffectionem fuit anno u. c. DCCLIX. æræ Christianæ VI. a Calendis Juliis, fertur decrevisse. Hoc tamen ita observandum esse monet Ulpianus, nisi patronus ideo eam manumisit, ut uxorem ducat, (intellige si ea consentiente in eum finem manumissa fuerit) atque

atque ideo matrimonii causa ancilla manumissa, a nullo alio uxor duci potest, quàm a quo manumissa est; nisi patronus matrimonio ejus renunciaverit, *l. matrimonii* 51. *de ritu nupt.* Ratio est, quia verba legis Juliæ de maritandis ordinibus hæc erant: *Quamdiu patronus eam uxorem esse volet.* Quamobrem, & velle debet uxorem esse, & patronus durare. si igitur, aut patronus, aut velle desierit, finita est legis auctoritas, *l. quod ait lex* 11. §. *ait lex* 1. *de divortiis.* Illud rectissime placuit (prosequitur Ulpianus §. *seq.*) quali quali voluntate intelligi possit patronus, animum habere desiisse quasi in uxorem, finiri hujus beneficium. Proinde cum patronus rerum amotarum cum liberta, quæ, ab invito eo diverterat, vellet experiri, Imperator noster cum Divo patre suo (Antoninus scilicet cum Severo) rescripsit intelligi eum hoc ipso nolle nuptam sibi, qui eam actionem, vel aliam importet, quæ non solet nisi ex divortio oriri. Quare, si accusare eam adulterii cœperit, vel alio crimine postulare, quod uxori nemo objicit, magis est, ut diremtum sit matrimonium. Etenim meminisse oportet, ideo adimi cum alio connubium, quia patronus sibi nuptam cupit. ubicumque igitur vel tenuis intellectus (id est, conjectura) videri potest, nolentis nuptam, dicendum est, jam incipere libertæ cum alio esse connubium. Proinde si patronus sibi despònderit aliam, vel destinaverit, vel matrimonium alterius appetierit, credendus est nolle hanc nuptam: & si concubinam sibi adhibuerit, idem erit probandum. quia constante matrimonio concubinam habere non licet, *l. unic. Cod. de concubinis.* Ideoque licita stipulatio est, ne quis concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetat, *l. ex ea* 121. *de verb. oblig.* Ex huc usque dictis apparet quàm libera esset patrono divortii faciendi facultas. Non ita erat talis libertæ ex Lege Julia, cujus hæc erant verba: *Divortii faciendi potestas libertæ, quæ nupta est patrono, ne esto.* quæ lex non infectum videtur effecisse divortium, quod jure civili dissolvere solet matrimonium: quare constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum, *l. quod ait* 11. *de divortiis.*

LABEO Libro sexto Posteriorum a Javoleno epitomatorum. in l. avus 79. §. *pater* 1. *de jure dotium.*

Pater filiæ nomine centum doti ita promisit, Cum commodissimum esset, Ateius scripsit, Servium respondisse, cum primùm sine turpitudine & infamia dari possit, deberi.

COMMENTARIUS.

I. Ulpianus *in fragm. tit.* 6. *de dotibus*, ita scripsit. *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. Dotem dicere potest mulier quæ nuptura est, & debitor mulieris, si jussu ejus dicat, institutus: parens mulieris virilis sexus per virilem*

virilem ſexum cognatione junctus, *velut pater*, *avus paternus*. Dare promittere dotem omnes poſſunt. Dictio dotis in hoc diſtinguebatur a promiſſione, ſive ſtipulatione dotis, quòd nulla interrogatione præcedente fiebat, & tamen erat una ex verborum obligationibus, Gajus *Inſtit. Lib. II. tit. 9. de oblig. §. ſunt & aliæ 3.* Sollemniter fiebat, *l. manente 3. Cod. Theod. de inceſtis nuptiis*, id eſt, ſollemnibus verbis. Imperatores vero Theodoſius & Valentinianus, ad exactionem dotis, quam ſemel præſtari placuit, qualiacumque ſufficere verba cenſerunt, etiam ſi dictio vel ſtipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit ſubſecuta, *l. 4. Cod. Theod. de dotibus.* unde deſcripta, & interpolata, atque interſciſſa eſt, *lex ad exactionem 6. Cod. de dot. promiſſ.* Cum igitur dotis dictio ſublata ſit, loco illorum verborum, *pater doti dixit*, Tribonianus *in noſtra l.* repoſuiſſe videtur, *pater doti promiſit*: idemque feciſſe videtur, *l. ſi marito 31. §. ſi pater 1. l. ſi ſocer 44. §. Lucius Titius 1. ſolut. matr. l. ſi rem 31. §. ſi duo 1. in fine de novat.* Poterat autem pater doti dicere, vel per ſtipulationem promittere, ſive polliceri incertam dotem, aut certam. Certam, ut in noſtra lege, in qua pater filiæ nomine centum doti promiſit. Incertam ſecundum verborum conceptionem. nam re vera dos a patre promiſſa, licet incerta videatur, certa tamen atque definita eſt: dotis enim quantitas, ut Papinianus ajebat, pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt, *l. cum poſt divortium 69. §. gener 4. de jure dotium.* ubi hæc ſpecies proponitur. Gener a ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata re vel quantitate ſtipulatus fuerat. Obſerva patrem mulieris promittentem dotem. Pater poſtea arbitrari nolebat: arbitrio quoque detracto, id eſt, etiam eo caſu quo pater non arbitretur, ſtipulationem valere placuit. Nec videri ſimile, ait Papinianus, quod fundo non demonſtrato, nullum eſſe legatum, vel ſtipulationem fundi conſtaret, *l. Sejo 10. §. medio 1. de ann. legat.* Paulus *Lib. III. Sent. tit. 6. de legat. §. legatum 13. l. ubi autem 75. in princ. & §§. ſeqq. de verb. oblig.* cum inter modum conſtituendæ dotis, & corpus ignotum differentia magna ſit: dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt. Ait Papinianus: *inter modum conſtituendæ dotis, & corpus ignotum differentiam magnam eſſe*; quibus verbis ſignificat, patrem velle dotem conſtituere, modum dotis conſtituendæ non exprimere; eſſe tamen conjecturas, unde modus dotis qualis eſſe debeat, colligatur. Pater (idem intelligit de avo paterno, *l. dotem 6. de collation.*) qui dotem dare non vult, ex conſtitutione Divorum Severi & Antonini, per Proconſules Præſideſque Provinciarum, dare cogitur, *l. capite 19. de rit. nupt. l. ult. Cod. de dotis promiſ.* Cum itaque pater modum dotis definire nolit; neceſſe eſt, ut per leges definiatur: leges autem definiunt pro modo facultatum patris, & dignitate mariti, & numero liberorum: quod etiam definitur in ſimili caſu, cum pupilla ſcilicet juſſu patris defuncti cum filio tutoris nuptias contrahit,

trahit, *l. quaero* 60. *l. sive* 61. *l. cum post* 69. §. *nuptiis* 5. *de jur. dot. l. si filia* 43. *de legat.* 3. jussu, inquam, patris puellæ jam defuncti, alioqui matrimonium nullum est, *l. non est matrimonium* 66. *de rit. nupt. l. tutor* 36. *eod. l. curatorem* 5. *l. si tutor* 7. *Cod. de interdict. matr. inter pupil. & tutor.* Nec novum est, ut quod simpliciter definitum non est, per relationes certas definiatur. Elegans exemplum habemus *in l. quidam* 30. *de legat.* 2.

II. Quæ hucusque disputavimus de patre dotem incertam promittente, intelligenda sunt, non de quocumque alio: nam, si nec ipsa quæ matrimonium contrahit, cum simpliciter dotem promittit, dotem dare non cogitur; multo minus quilibet alius. Pertinet huc *lex* 1. *Cod. de dot. promis.* ubi Imperator Alexander sic rescripsit Claudio cuidam. Claudio, inquam, non Claudiæ, nam cum marito Imperator loquitur. *Frustra*, inquit, *existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec præstita sit, cum neque species ulla, neque quantitas promissa sit; sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quæ nubebat, dotem dare promiseris.* species hoc modo fingi debet. Sempronia contractura nuptias cum Claudio, instrumento nuptiali solum promisit, *se dotem daturam Claudio.* solum, inquam, id promisit, nulloque modo declaravit, quas species dare vellet in dotem, quamve quantitatem: præterea nihil ipsa præstitit: hæc nulla lege se dotare cogitur, in ejus arbitrio est omnia bona sua in dotem dare, *l. mulier* 72. *de jur. dot.* minimam rem dare, aut nihil, cum matrimonium sine dote consistat, *l. fin. Cod. de donat. ante nupt. l. quod si nulla* 28. *de relig.* Cum itaque mulier in promissione non expresserit quid in dotem afferre vellet, incertum quid promisit, adeoque stipulatio inutilis est, *l. ubi autem* 75. *de verb. obligat.* Queratur igitur de se maritus, qui cum creditor esse vellet, quid vellet non declaravit in interrogatione, *l. quidquid* 99. *de verb. oblig.* At marito damnosum est, sine dote sustinere onera matrimonii *argum. l. fin. Cod. ad S. C. Vellej.* uxori utile dotatam esse ne forte a viro indotata uxor domo expellatur, dicta *l. ult. ad S. C. Vellej.* quid tum postea? ejiciat maritus, uxor æquo animo id feret. Non lucratur dotem maritus, id ipse voluit, aut saltem evitare potuit, si uxoris mentem inquisiisset. Verum adhuc urgebis ex *l.* 3. *Cod. de dot. promis.* quæ Imperatoris est Gordiani, missa etiam Claudio cuidam in hanc sententiam. *Si cum ea quæ tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cujus meministi, dotem tibi non addita quantitate; sed quodcumque arbitratus fuisset, pro ea daturum se rite promisit, & interpositæ stipulationis fidem non exhibet: competentibus actionibus usus, ad repromissi emolumentum jure judiciorum pervenies.* Videtur enim boni viri arbitratu, stipulationi insertum esse. Non minus in hoc casu, quàm in illo *l.* 1. *ejusd. tit.* incertum quid promissum est; altero casu a quodam extraneo, altero ab ipsa uxore; cur igitur una promissio valet, altera non valet? facilis est responsio. In casu *dict. l.* 3. dotis quantitas confertur in viri boni arbitrium. Hoc docet Imperator per illa verba: *videtur enim boni*

boni viri arbitrium stipulationi insertum esse. Per relationem igitur ad hoc arbitrium incerta quantitas fit certa, *l. si filiæ* 43. *de legat.* 3.

III. His ita constitutis audiamus Harmenopulum *Lib. IV. tit.* 8. §. 44. sic egregie disputantem. *si spoponderit mulier dotem dare, non adjecta quantitate, aut re certa expressa, quæ in dotem detur, inutilis est ejusmodi dotis promissio, utpote cum possit mulier, vel vilissimum quippiam dotis nomine exhibere. Alia causa est patris dotem pro filia pollicentis, qui etsi quantitatem dotis non præfinierit, rata tamen est, ac valida promissio. Hoc enim cum dicit pater, non sese quantamlibet dotem, sed quæ facultatibus par sit, daturum indicat.*

IV. Nimis fortasse a proposito divertimus; non tamen, ut spero, sine legentis utilitate. Redeamus ad nostræ legis speciem. Pater filiæ nomine centum doti ita promisit, *cum commodissimum esset*: quæsitum fuit, quando illa centum solvi debeant? Atejus Capito scripsit, *Servium Sulpicium respondisse, cum primum sine turpitudine & infamia dari possit, deberi.* Deberi intellige efficaciter; nam hujusmodi dos constat statim deberi: conditio enim illa, *cum commodissimum esset*, non obligationem, sed solutionem respicit. Solutio autem fieri debet cum sine turpitudine & infamia fieri potest. finge quem esse inopem, & ex filiæ prostitutione posse consequi aliquam ingentem summam, non potest cogi ad filiam prostituendam, ut solvat; nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores sunt, nec nos facere posse credendum est, *l. filius* 15. *de cond. inst.*

LABEO Libro secundo Posteriorum a Javoleno epitomatorum. in l. qui quattuor 30. §. *si ædes alienas ult. de legat.* 3.

Si ædes alienas ut dares damnatus sis, neque eas ulla conditione emere possis: æstimare judicem oportere Ateius scribit, quanti ædes sint, ut pretio soluto heres liberetur. idemque juris est, etsi potuisses emere, non emeres.

COMMENTARIUS.

I. Verbis legis XII. tabular. his, *Uti legassit suæ rei ita jus esto*, latissima potestas tributa videtur & heredes instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque constituendi: sicut autem id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* ita etiam extensum est interpretatione prudentum: nam cum occasione illorum verborum, *rei suæ*, quæsitum fuisset, an rei alienæ legatum valeret; ut valere posset justam interpretationem Jurisprudentes dederunt voluntati testantium, ne dispositioni legis contraria esset, adeo-

adeoque nullum effectum fortiri posset. Existimarunt enim, non eam fuisse mentem testatoris, ut transferre vellet in legatarium quod ipse non haberet; etenim nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet, *l. nemo* 54. *de div. reg. jur.* sed ut tantam pecuniam heres insumeret ad rem illam alienam emendam, quanta opus esset ad eam comparandam. Testator itaque legasse videtur pecuniam suam: hoc est, declarasse videtur quid vellet fieri de sua pecunia. Neque huic interpretationi quicquam adversatur, *lex tantum* 88. *de verb. sign.* cujus verba prius describam, deinde declarabo. Ait ibi Celsus, *Lib. XVIII. Digestor. Tantum quisque pecuniæ reliquit, quantum ex bonis ejus refici potest: sic dicimus, centies aureorum habere, qui tantum in prædiis, ceterisque similibus rebus habeat. Non idem est in fundo alieno legato, quamquam is hereditaria pecunia parari possit: neque quisquam, eum qui pecuniam numeratam habet, habere dicit, quidquid ex ea parari potest.* Celsi mens hæc est. Prædia ceteræque similes res, quas quis habet, suam habent, & in se ipsis certam continent æstimationem: adeoque, si centum mille aureis æstimantur, recte dicimus habere quem centies aureorum, sive quod idem est, centum millia aureorum: communi enim usu loquendi tantum quisque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest. refici hic idem est ac confici, in qua significatione eodem verbo usus est Ulpianus, *l. quærebatur* 82. *ad leg. Fal.* Et Papiniano refecta pecunia est redacta, *l. in fideicommissi* 3. *§. ult. de usur.* sicuti Ulpiano etiam, *l.* 1. *§. si fratrem* 10. *de collat.* E contrario cum pecunia in se non contineat res, verbi gratia fundum; quamquam fundus alienus hereditaria pecunia parari potest; tamen, qui pecuniam hereditariam habet, non dicitur habere fundum alienum: neque quisquam communi usu loquendi, eum, qui pecuniam numeratam habet, habere dicit, quidquid ex ea parari potest. Sed quid inde conficitur? Nimirum hoc. Per vindicationem legari possunt res, quas testator habet ut suas: & olim quidem solum eas res, quæ utroque tempore ex jure Quiritium testatoris fuerunt: præterquam si pondere, mensura, numero continerentur. in his enim satis erat, si vel mortis dumtaxat tempore fuissent ex jure Quiritium, Ulpianus *tit.* 24. *de legatis §. per vindicationem* 7. Atque hæc est causa ob quam si quis ita leget, *Stichus servus meus, si eum heres alienaverit, liber esto*, inutiliter libertas datur; quia in id tempus confertur, quo alienus futurus sit; *l. Stichus* 39. *de man. test. juncta l. Servius* 35. *de manum. test.* At vero per damnationem omnes res legari possunt, etiam quæ non sunt testatoris, dummodo tales sint, quæ dari possint, Ulpianus *tit.* 24. *de legatis §. per damnationem* 8. Quamobrem verissimum est, quod Justinianus docet, *§. non solum* 4. *Instit. de legat.* non solum testatoris, vel heredis rem; sed etiam alienam legari posse; ita ut heres cogatur redimere eam, & præstare. Addit ibidem Justinianus, *vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare cogitur.*

Hujus

Hujus sententiæ auctorem habemus Atejum Capitonem allegatum a Javoleno *in nostra l.* Nam, si ædes alienas ut dares damnatus sis, neque eas ulla conditione emere possis, æstimare judicem oportere, Atejus scribit, quanti ædes sint, ut pretio soluto heres liberetur. Javolenus addit, idem juris esse, etsi cum potuisses emere, non emeres. Ego addo, & postea cum velles emere, aut cogereris emere, jam non posses. Quid si pretium sit immodicum? Emes si voles; si noles tanti emere, solum veram æstimationem præstare cogêris, *l. alienus* 61. *ad leg. falcid.* Utramque speciem elegantissime pertractavit Gajus, *in l. non dubium* 14. §. 1. *de legat.* 3. per hæc verba. *Sed si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat, vel præstet: si redimere non possit, quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat, justam æstimationem inferat.* Idem quoque docuit Ulpianus majori copia, ut solet. *Qui confitetur* (inquit) *se quidem debere, justam autem causam adfert, cur utique præstare non possit, audiendus est: ut puta, si aliena res legata sit, negetque dominum eam vendere; vel immensum pretium ejus rei petere adfirmet: aut si servum hereditarium neget se debere præstare, forte patrem suum, vel matrem, vel fratres naturales; æquissimum est enim concedi ei ex hac causa æstimationem officio judicis præstare, l. si domus* 71. §. *qui confitetur* 3. *de legat.* 1. *sed cum alicui poculum legatum esset, velletque heres æstimationem præstare, quia iniquum esse ajebat, id separari a se: non impetravit id a Prætore. alia enim conditio est hominum, alia ceterarum rerum: in hominibus enim benigna ratione receptum est, quod supra probavimus.* §. 5. *ejusdem legis.*

JAVOLENUS Libro secundo ex posterioribus Labeonis. in l. si uxori 39. §. Atteius ult. de auro, arg. mundo, ornam. unguent. veste, vel vestiment. & statuis legatis.

Atteius Servium respondisse scribit, cui argentum, quod in Tusculano fundo cum moreretur, habuisset, legatum esset, & quod antequam moreretur, ex urbe in Tusculanum jussu testatoris translatum esset, deberi. contra fore, si injussu translatum esset.

COMMENTARIUS.

I. Testator Titio legavit argentum, quod in Tusculano fundo, cum moreretur habuisset; antequam testator moreretur ex Urbe in fundum Tusculanum fuit translatum argentum. Quæsitum fuit a Servio Sulpicio, an illud quoque argentum, quod ante mortem testatoris in fundum Tusculanum translatum fuit, deberetur etiam, propterea quod mortis testatoris tempore, in fundo Tusculano repertum fuit. Servius Sulpicius ita distin-

xit: Aut argentum illud in Tusculanum jussu testatoris translatum fuit, aut injussu ejus: si primum, respondit, deberi: si secundum, contra fore. Hanc Servii sententiam scriptis suis mandavit Attejus Capito, laudavit Antistius Labeo, ab hoc accepit Javolenus, & posteritati tradidit. Atteji Capitonis sententiam probavit ejus successor Massurius Sabinus. Hic apud Paulum, *Libro II. ad Vitellium*, *in l. cum de lanionis* 18. *§. Sabinus* 12. *de instr. vel instr. leg.* similem quæstionem definivit. *Cui fundus*, *quæque ibi sunt*, *legata sunt*, *ei fundus*, *&* *omnia quæ in eo solita sunt esse*, *quæque ibi majore parte anni morari*, *&* *hi* (intellige servos, *l. omnia* 33. *§. cum ita* 2. *de legat.* 2. *l. Lucius Titius* 93. *§. quidem* 2. *de legat.* 3.) *qui in eum manendi causa recipere se consueverunt*, *legati videntur*: *at si quæ consulto in fundo congesta contractave sunt*, *quo legatum cumularetur*, *ea non videntur legata esse.* Huc usque Sabinus: Atque hæc sententia adeo vera est, ut Modestinus eam transtulerit in *IX. Librum Regularum* per hæc verba: *Cum ita legatur*, *quidquid in horreo meo erit*: & is cui legatum est, ex rebus non legatis, ignorante eo, ampliandi legati sui gratia, in horreum intulerit; quod illatum est, non videtur esse legatum, *l. omnia* 32. *§. cum ita* 3. *de legat.* 2.

PAULUS Libro quadragesimo nono ad Edictum. in l. in summa 2. §. apud Ateium 4. de aqua & aquæ pluv. arcendæ.

Apud Ateium verò relatum est, *eam fossam*, *ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit*, *cogendum esse vicinum purgare*, *sive extet fossæ memoria*, *sive non extet. quod & ipse puto probandum.*

COMMENTARIUS.

I. Fossa est receptaculum aquæ, manu facta *l.* 1. *§. fossa* 5. *ut in flum. publ. navig. lic.* Fossa erat, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit. Quæsitum est, quis eam purgare deberet, superior-ne, an inferior? Apud Atejum Capitonem relatum est, cogendum esse vicinum purgare. Quis hic vicinus est, superior-ne an inferior? Loquitur Atejus de vicino fundi inferioris; hic non est alius quam superior: superior igitur purgare debet. Quid si fossæ memoria non extet? Sive extet fossæ memoria, sive non extet, superior purgare debet: & hoc ipse Paulus putat probandum. Quando autem inferior suam fossam purgare debeat, tractavit Labeo, ut videre est apud eundem Paulum, *eadem lege in summa* 2. *§. apud Labeonem* 1. *de aqua &* *aquæ pluv. arcend.*

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, PACONIUS: SIVE AD PACONII, JURISCONSULTI, FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE PACONIO JURISCONSULTO.

PLURES fuiſſe Paconios conſtat ex Vitruvio, *Lib. X. cap. 6.* ex quamplurimis Inſcriptionibus, ex Diomede *Lib. III. cap. de Pedibus metricis*, *pag.* 498. & ex aliis ſcriptoribus. Sed ſi a me quæratur quiſnam eorum fuerit Juriſconſultus noſter, reſpondebo mihi non liquere. Opinor autem fuiſſe, vel M. illum Paconium, qui C. Silani Proconſulis Aſiæ Legatus fuit, & poſtea unus ex ejus accuſatoribus, uti refert Tacitus, *Annal. Lib. III. cap.* 67. quique a Tiberio juſſus fuit occidi tanquam majeſtatis reus, ut ait Suetonius *in Tiberio*, *cap.* 61. vel Paconium illum, qui ſub Imperatore Alexandro vivebat, Maximo & Æliano Coſſ. A. Chriſti CCXXIII. Cujus ut coævi meminiſſe potuit Julius Paullus *l. Paconius* 3. *ſi a parente quis manumiſſus ſit*, quam explicandam ſuſcepi.

PAULUS Libro octavo ad Plautium.
in l. Paconius 3. in princ. si a parente quis manumissus.

Paconius ait, si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus, & manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur, aut constitutæ partis, si non turpis heres esset institutus.

COMMENTARIUS.

I. Filius a parente emancipatus, sive, quod idem est, manumissus, hoc est, e patria potestate missus, heredes fecit, præterito patre. Multum interest scire, quas personas filius instituerit, turpes-ne, an quæ non turpes sint; nam si turpes personæ institutæ sint, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur. Sic etiam fratribus competit querela adversus testamentum fratris, turpibus personis institutis, *l. fratres* 27. *Cod. de inof. test.* Si vero non turpis persona heres institutus fuerit; patri præterito datur bonorum contra tabulas possessio constitutæ partis. Atque ita placuit Paconio, cujus auctoritate utitur Paulus *Lib. VIII. ad Plautium in nostra lege.* Hoc si Plautius jam docuit, forte Paconius est ille cujus meminit Suetonius *in Tiberio cap.* 61. si non docuit, forte est ille Paconius, cui rescripsit Alexander, *in l. non est ignotum 6. Cod. de adm. tut.* qui Paconius proculdubio Pauli fuit coætaneus.

II. Turpes personæ sunt, veluti meretrices. Hæ apud Ædiles flagitium profitebantur, suumque nomen edere cogebantur. *Probrosas feminas* vocavit eas Suetonius *in Domitiano*, *cap.* 8. ubi iis tanquam talibus a Domitiano interdictus narratur sellarum lecticarumque usus honestioribus matronis concessus. Turpes etiam personæ sunt, aurigæ, mimi, arenarii, & quorum familiaritas ex turpi consuetudine quæsita est, teste Theophilo *ad* §. 1. *Inst. de inof. test.* quibus addendi sunt quacumque ignominia notati, *l. fratres* 27. *Cod. de inof. test.*

GRE-

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI,

CARTILIUS:

SIVE AD

CARTILII, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE CARTILIO, JURISCONSULTO.

PRIMUS Antonius Auguſtinus, *Emendat. Lib. III. cap. 6.* ſecundum Florentinum codicem Cartilii nomen reſtituit, cum vulgo ſcriptum eſſet *Carſilius*, & Cartilium retulit in Juriſconſultorum cenſum: quod laudavit ſummus vir, Jacobus Cujacius *obſervatione 9. Lib. I.* De eo nihil affirmare poſſum niſi fuiſſe Proculo antiquiorem, *l. Cornelius 69. de her. inſt.*

ULPIANUS Libro viceſimo octavo ad Edictum. in l. ſi ut certo 5. §. ſi me rogaveris 13. commodati, vel contra.

Si me rogaveris ut ſervum tibi cum lance commodarem, & ſervus lancem perdiderit, Cartilius ait, periculum ad te reſpicere: nam & lancem videri commodatam. quare culpam in eam quoque præſtandam. planè ſi ſervus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit, non teneri: niſi fugæ præſtitit culpam.

COMMENTARIUS.

I. Commodatum eſt contractus realis, quo res alicui certo modo gratis utenda datur ea conditione ut finito uſu reddatur, *§. Inſt. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. *§. is quoque* 1. *de oblig. & act.* itaque ſi tibi commodavero ſervum, debes mihi reſtituere ſervum; ſi lancem, lancem; ſi ſervum & lancem, utrumque; ſi ſervum cum lance, utrumque etiam. nam particula *cum* eſt conjunctio, *l. triplici* 142. *de verb. ſign.* Quapropter ſicuti, *Illi cum illo habitationem do lego*, perinde eſt, ac ſi ita, *illi & illi*, legaſſet, *l. illi* 40. *de uſu & uſufr. legat.* & quemadmodum nihil diſtat utrum ita legetur, *Titio & Mævio*: aut ita, *Titio cum Mævio*, utrobique enim conjunctim legatum videtur, *l. Titiæ* 36. *§. nihil* 2. *ſi quis ita* 112. *§. ſi ita* 2. *de legat.* 1. ubi hoc additur, utrumque legatum eſſe, cum fundus cum domo Formiana legatur; ita etiam idem eſt commodare ſervum cum lance, ac ſervum & lancem. Itaque, ſi me rogaveris, *ut ſervum cum lance commodarem*, & ſervus lancem perdiderit; recte ait Cartilius, periculum ad te reſpicere: nam & lancem videri commodatam eo caſu idem ſuppoſuit. Si lanx igitur commodata fuit, recte Cartilius collegit, culpam in eam quoque præſtandam, cum una res ſit ex duabus commodatis, ut in *l. in commodato* 17. *duabus* 4. *commod.* At quænam culpa præſtanda? Proculdubio omnimoda: nam is, qui aliquid utendum accepit, exactiſſimam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare compellitur: nec ſufficit eandem diligentiam adhibere, quam ſuis rebus adhibet, ſi alius diligentior cuſtodire potuit, ut docet Gajus, *l.* 1. *§. & ille* 4. *de oblig. & act.* & Juſtinianus *§. jam* 2. *Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* Præſtabit igitur commodatarius non modo dolum, qui in omnibus contractibus præſtatur, *l. contractus* 23. *de div. reg. jur.* ſed etiam culpam, & diligentiam, noſtra *l. ſi ut certo* 5. *§. nunc videndum* 2. *commod.* id eſt, culpam latam quæ dolo proxima eſt, levem, & leviſſimam, quæ ſæpe intelligitur *diligentiæ* nomine, *l. cum res* 47. *§. culpa* 5. *de leg.* 1. *l. contractus* 23. *de div. reg. jur. l. in rebus* 18. *commod.* & etiam *cuſtodiæ*, *l. ſi cum venderet* 13. *§. venit* 1. *de pigner. act.* uſque adeo autem diligentia in re commodata præſtanda eſt, ut etiam ea quæ ſequitur rem commodatam, præſtari debeat; ut puta: equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te cuſtodiam præſtare debere veteres reſponderunt, *l. ſi ut certo* 5. *§. uſque adeo* 9. *commod.* Et hoc eſt quod idem Ulpianus ait, *l. eum* 14. *§. non ſolum* 15. *de furtis* adgnatæ rei cuſtodiam ad commodatarium pertinere, intellige, ſi ſimul cum re commodata ſit tradita, ut argumento a ſimili ibidem probat Ulpianus in ſervi veſte.

II. Planè, ſi ſervus cum lance fugerit, eum qui commodatum accepit, non teneri, docuit etiam Cartilius, niſi fugæ præſtitit culpam. nam fugæ ſervo-

servorum, qui custodiri non solent, non præstantur, *l. in rebus* 18. *commod.* Ratio est, quia rei commodatæ & possessionem & proprietatem retinemus: nemo enim commodando rem facit ejus, cui commodat, *l. rei* 8. *& seq. commod.* ac proinde, si servus commodantis fugit, nulla commodatarii culpâ, illius est damnum, qui servi ingenium cognoscere debuit, ac proinde non commodare, *argum. l. argentum* 20. *commod.* Elegans casus est, in quo hæ culpæ distinguuntur *in l. si mei causa* 12. §. 1. *commodati.* Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit. Si dominus ei dari jusserat, domino perit: si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei, cui commodatum est.

PROCULUS Libro secundo Epistolarum. in l. Cornelius 69. de hered. instituendis.

CORNELIVS ET MÆVIVS, VTER EORVM VOLET, HERES ESTO. *uterque vult. Trebatius neutrum fore heredem: Cartilius utrumque. tu cui adsentiaris? Proculus: Cartilio adsentio. & illam adjectionem,* VTER EORVM VOLET, *supervacuam puto. id enim etiam ea non adjecta futurum fuit, ut uter vellet, heres esset. uter nollet, heres non esset. quod si hi ex numero necessariorum heredum essent, tum id non frustra adjectum esse. & non solum figuram, sed vim quoque conditionis continere. dicerem tamen, si uterque heres esse vellet, utrumque heredem esse.*

COMMENTARIUS.

I. Nihil in jure adeo facile videtur, ut magnas difficultates non contineat, prout in hac lege observari potest, quæ prima fronte facillima videtur; intus tamen difficillima est. Species sic se habet. Testator hoc modo instituit. *Cornelius & Mævius, uter eorum volet, heres esto. uter* significat unum ex duobus. Hispane, *el que de los dos querrà.* sic apud Horatium *Satira* 4. *Lib. I. ver.* 14.

Crispinus minimo me provocat. accipe, si vis,
Accipe jam tabulas: detur nobis locus, hora,
Custodes: videamus uter plus scribere possit.

In casu igitur proposito, si Cornelius velit esse heres, & Mævius nolit; ille heres erit. Et e contrario, si Mævius velit esse heres, & Cornelius nolit; Mævius heres erit. Si testator dixisset *Cornelius & Mævius, uter eorum prius volet, heres esto*, ut quidam testator apud Africanum, *ille, aut ille, uter eorum prior ascenderit, l. si servus* 108. §. *hujusmodi* 3. *de legat.* 1. qui prior eorum vellet, heres esset, secluso altero: quia adjectum, *prior*, posteriorem volentem, seu voluntatem suam explicantem, excluderet. Sed de his casibus, qui nullam habent difficultatem, nulla est quæstio. Verum ponamus, Cornelium

nelium & Mævium supradicto modo esse institutos, nimirum, *uter eorum volet, heres esto*: & utrumque velle heredem esse. Trebatius respondit, neutrum fore heredem. an quia censebat institutionem utroque volente inexplicabilem esse, uti illa, *Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto*: quam Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum conditio existere non possit, *l. si Titius* 16. *de cond. inst.* quia cum Testator numero singulari usus fuerit, videtur unum voluisse heredem non duos, ut in casu *l. si servus* 108. *§. hujusmodi* 3. *de legat.* 1. Cartilius vero sensit, utrumque heredem esse. cumque a Proculo per epistolam quæsitum esset, cui adsentiretur, Trebatio-ne, an Cartilio? Respondit Proculus: *Cartilio adsentior, & illam adjectionem, uter eorum volet, supervacuam puto: id enim etiam ea* (adjectione) *non adjecta, futurum fuit, ut uter vellet, heres esset, uter nollet, heres non esset.* ubi notandum est, Proculum vocare illam scripturam, adjectionem supervacuam, ac proinde insuper habendam, quemadmodum in alio casu idem Trebatius licet a Labeone reprehensus, voluit, his verbis, *dum cum filio Capuæ erit, non conditionem significari*, sed eam scripturam pro supervacuo debere haberi, *l. qui quattuor* 30. *§. uxori* 5. *de leg.* 3. itaque sicut supervacua scriptura non nocet legato, *l. si servo* 26. *§. quid ergo* 1. *de adimend. legat.* ita neque institutioni, *§. heres* 9. *Inst. de her. inst.* & vitio sublato manet institutio, ut in *l. hereditas* 34. *de her. inst.*

II. Hoc Proculi responsum intelligendum est de heredibus extraneis, ut idem Proculus explicat subjectis verbis. *Quod si hi* (Cornelius scilicet & Mævius heredes instituti) *ex numero necessariorum heredum essent, tum id non frustra adjectum esse* (responderem, ut in memorato casu): *& non solum figuram, sed vim quoque conditionis continere censerem.* Idem sensit Hermogenianus, *l.* 12. *de cond. inst. Verba* (inquit) *hæc, Publius Mævius, si volet, heres esto, in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat: nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur: cum & si non fuerint addita, invitus non efficitur heres.* Explicemus Proculi responsum. Opposuit Proculus heredem necessarium non necessario, quem Hermogenianus vocavit *voluntariam heredis personam*, hoc est, heredem voluntarium; & Florentinus, & Justinianus *extraneum heredem*, *l. si alienum* 49. *§. in extraneis* 1. *de her. inst. §. ceteri* 3. *Inst. de her. qual. & differ.* Necessarii heredes sunt tam servus, quàm filiusfamilias, heredes instituti, atque hic etiam est suus heres, *§. necessarius* 1: *& §. sui autem* 2. *Inst. de her. qual. & differ.* Heres voluntarius, sive extraneus, hereditatem adquirit, si vult, *§. item* 6. *Inst. de her. qual. & diff.* si non vult, non efficitur heres, nec hereditatem adire compellitur, *l. nec emere* 16. *Cod. de jure delib.* servus heres institutus, necessarius heres appellatur, quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris liber, & necessarius heres fit, *§. necessarius* 1. *Inst. de her. qual. & differ.* quæ necessitas introducta fuit

fuit in favorem dominorum. nam qui facultates suas suspectas habent, solent servum primo, aut secundo, aut etiam ulteriore gradu heredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona, quàm ipsius testatoris, ac creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. *dicto §. necessarius* 1. *Inst. de her. qual. & diff.* sui autem, & necessarii heredes sunt, liberi testatoris in ejus potestate retenti, quos nemo gradu præcedit. & sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiamsi quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. necessarii vero ideo dicuntur; quia omnino sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quàm ex testamento ex Lege XII. Tabular. heredes fiunt. Sed his Prætor permittit volentibus abstinere hereditate: ut potius parentis, quàm ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur, *§. sui autem 2. Inst. de her. qual. & diff.* Necessitas hæc introducta est in favorem parentum; suitas, a jure civili, id est, *Lege XII. Tabul.* & facultas hereditate abstinendi a Prætore, utraque in favorem filiorum familias, *§. sui autem 2. Inst. de her. qual. & diff.* Cum igitur invito beneficium non detur, *l. invito 69. de div. reg. jur.* & omnes licentiam habeant, his quæ pro se introducta sunt, renuntiare, *l. si quis 29. Cod. de pact.* dominus & pater possunt necessitatis jure non uti, eique renunciare; & filiifamilias possunt etiam renunciare suitatis, & abstentionis juri. quomodo autem paterfamilias necessitatis juri renunciare possit, nunc declarabimus.

III. Heres & pure, & sub conditione institui potest, *§. heres 9. Inst. de her. inst.* dummodo si agatur de filio suo herede, sub ea conditione instituatur, quæ in ipsius potestate sit, *l. suus quoque 4. de her. inst.* Conditio est adjectio, quæ negotium differt in casum aliquem futurum, *l. itaque 39. de reb. cred. §. sub conditione 4. Inst. de verb. oblig.* Dicitur *adjectio*, ut intelligamus eam ab homine provenire debere, ut proprie sit conditio; id est, a testatore, si agimus de ultimis voluntatibus; non extrinsecus: quia conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, id est, quæ tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia, *l. conditiones 99. de cond. & dem.* neque institutiones: intellige quoad transmissionem: nam transmitti nequit id ad quod nondum quis habet jus, quod ab existentia conditionis adjectæ incipit; quia tunc cedit legatum, *l. si post diem 5. §. sed si 2. quando dies legat. vel fideic. ced.* Inest vero conditio ipsius rei, vel actus veluti cum ita legamus: *Quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato: aut, fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato: aut, servum, quem alii non legavero, Sejo dato, l. 1. §. inest 3. de cond. & dem.* quibus casibus conditiones illæ, quæ tacite insunt, non habentur pro conditionibus; quia cum extrinsecus veniant, legatum, hoc est, legati jus non suspendunt, *l. quod pure 6. §. aut si 1. quando dies legat. vel fideicom. ced.* etsi suspendant præstationem, cum ad hanc necesse sit, ut

Digitized by Google

Arescusa pariat, fructus ex fundo percipiantur, & ut servus non legetur alii.

IV. Ut autem conditio a testatore adjecta pro vera conditione habeatur, id est, pro conditione, quæ secundum jus conditionis effectus habeat, cujusmodi sunt, suspensio ex natura conditionis, cessio, & transmissio rei relictæ ex consequentia existentiæ conditionis, uti testator voluit; non sufficit adjectionem apparere conditionem, sive quod idem est, conditionis habere speciem, quam *figuram conditionis* appellavit Proculus in *nostra lege*, & Mætianus in *l. in ratione* 30. *§. tametsi* 7. *ad leg. Falc.* sed necesse est ut habeat *vim* conditionis. Sic, quanquam particula, *si*, tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur, *l. itaque* 39. *de reb. cred. l. si ita* 120. *de verb. oblig.* tamen nullam vim potestatemque habet, cum in præteritum, aut præsens confertur, *l. institutio* 10. *§. si quem* 1. *de cond. inst.* quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint, *§. conditiones 6. Inst. de verb. oblig.* adeoque ejusmodi speciosæ formulæ, conditionis naturæ adversantur, cujus proprium est suspendere in casum aliquem futurum *incertum. Incertum*, inquam: ideoque qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo extatura est, pure videtur stipulari, *l. si pupillus* 9. *§. qui sub conditione* 1. *de novat.*

V. Sed in primis illud notandum est, unam eandemque formulam in uno casu non esse conditionem legalem, & in alio esse: sive, quod idem est, in uno casu vim conditionis non continere, in alio vero continere: uti videtur in exemplis enucleatis a Proculo & Hermogeniano, *nostra l.* 69. *de her. inst.* & *l.* 12. *de cond. inst.* nam verba hæc, *Cornelius & Mævius, si volent heredes sunto*, si testator loquatur de heredibus extraneis, conditionem non faciunt, quia adjectio illa, *si volent*, exprimit quod inest: nam etiam si ea non esset adjecta, Cornelius & Mævius, si vellent, heredes essent; si nollent, non essent. & quia additur, ut Mæcianus docet, nullam vim continet, & pro non adjecta habetur: ac per consequens pura manet institutio, *l.* 1. *§. qui sub conditione* 8. *si quis omissa causa test.* Sic etiam hæc scriptura, *Si primus heres erit, damnas esto dare*, pro conditione non est accipienda. magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quàm conditionem inseruit: nisi forte hoc animo fuerat testator, ut faceret conditionem, *l. in conditione* 19. *§. hæc scriptura* 1. *de cond. & dem.* si vero Cornelius, & Mævius heredes ita instituti, *si volent*, necessarii fuerint; adjectio illa conditionem facit: quia non inest: utpote non a jure, sed a testatore venit. atque adjecta hoc operatur, ut volentibus heredibus, illam juris necessitatem tollat, per quam quis dicitur necessarius heres. Atque hoc ita verum est, ut jam dubitari non possit, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut *Si voluissent, heredes essent: si heredes non essent, alium quem visum erit, eis substituere:* negatumque hoc casu necesse esse, sub contraria conditione filium exheredare. Primum, quia tunc

Digitized by Google

tunc tantum id exigeretur, cum in poteſtate ejus non eſſet, an heres patri exiſteret, expectantis extrinſecus poſitæ conditionis eventum. Deinde, quod etſi quacunque poſita conditione deberet filius ſub contraria conditione exheredari, in propoſito ne poſſibilis quidem reperiri poſſet: certe ſi verbis exprimeretur, inepta fieret: huic enim conditioni, *Si volet, heres eſto*, quæ alia verba contraria concipi poſſunt, quàm hæc, *Si nolet heres eſſe, exheres eſto*? quod quam ſit ridiculum, nulli non patet, *l. jam dubitari* 86. *de her. inſt.*

VI. Non abs re autem hoc loco velut exceſſus (hoc eſt, excurſio, ſive digreſſio (hic ſubjungetur, ſuis ita heredibus inſtitutis, *Si voluerint heredes eſſe*, non permittendum amplius abſtinere ſe hereditate: cum ea conditione inſtituti, jam non ut neceſſarii, ſed ſua ſponte heredes extiterunt: ſed & ceteris conditionibus, quæ in ipſorum ſunt poteſtate, ſi ſui pareant, jus abſtinendi adſequi non debere, *dicta l. jam dubitari* 86. *§. non ab re* 1. *de her. inſt.* Ratio eſt quia ſolis neceſſariis heredibus abſtinendi ſe ab hereditate Prætor, & ſecundum Edictum Provinciale judicans Proconſul, poteſtatem fecit, *§. ſui autem* 2. *Inſt. de her. qual. & diff. l. neceſſariis* 57. *de adq. heredit.* Quamobrem, ut recte Marcellus ſcripſit *Lib. XIV. Digeſtorum in l. ſervo* 47. *de cond. & dem. ſæpe numero mutatur rei effectus quanquam* (lego *quoniam*) *id expreſſerit teſtator, quod & ſi non feciſſet, ineſſet tamen.* Id autem evenit, quoties conditio expreſſa eam vim habet, quæ non haberet tacita. En exemplum quod legitur in eadem *l.* 47. In hac conditione, *Ille ſi meus erit, liber eſto*, id exprimitur, quod intelligitur in libertate danda, & tamen eſt *conditio. Illi, ſi volet, Sichum do*, conditionale eſt legatum: & non aliter ad heredem tranſit, quàm ſi legatarius voluerit: quamvis alias, quod ſine adjectione, *ſi volet*, legatum ſit, ad heredem legatarii tranſmittitur: aliud eſt enim juris, ſi quid tacite continetur, aliud ſi verbis exprimatur, *l. ſi ita* 65. *§. illi* 1. *de legat.* 1. En aliud exemplum. Si ita expreſſum erit, *Titio, ſi voluerit, do lego*, apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, (per juris ſcilicet tranſmiſſionem) quàm ſi ipſe legatarius voluerit ad ſe pertinere: quia conditio perſonæ injuncta videtur, *l. ſi ita* 69. *de cond. & dem.* E contrario aliquando accidit, ut ſub conditione datum legatum purum intelligatur: veluti quod ſub eadem conditione relictum eſt, ſub qua etiam heres alius inſtitutus eſt: item quod ſub hac conditione relictum eſt, *ſi hereditatem adierit*, *l. aliquando* 107. *de cond. & dem.* quæ conditiones non faciunt legata conditionalia ad effectum ſcilicet ſuſpenſionis, ceſſionis, & tranſmiſſionis impediendum, qui proprii ſunt conditionis legalis; quia nullam vim addunt ei quod ineſt.

VII. Verum ad noſtram legem revertamur. Poſteaquam Proculus dixerat, in eo caſu in quo Cornelius & Mævius, *uter eorum volet, heres eſto*, inſtituti forent; ſi quidem hi ex numero neceſſariorum heredum

 eſſent,

essent, tum id non frustra adjectum esse; & adjectionem illam non solùm figuram, sed vim quoque conditionis continere; hæc subjunxit. *Dicerem tamen, si uterque heres esse vellet, utrumque heredem esse.* Ratio est, quia singuli eorum conditionem implent sibi appositam: cumque ambo esse nequeant heredes ex asse, unusquisque erit ex semisse, ex ejusdem Labeonis sententia apud Ulpianum, *l. interdum* 13. *§. sed si* 5. *de her. inst. l. cum quæstio* 23. *Cod. de legatis.* Neque his obstat *lex si Titius* 16. *de cond. inst.* ubi cum testator ita disposuerit, *Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto*, Julianus inutilem esse institutionem scripsit: quia ibidem additur, conditionem existere non posse. nam Titius heres esse non poterat nisi Sejus heres esset: hæc enim conditio ei apposita fuerat: ut in *l. Sejus* 3. *§. si quis* 2. *de her. inst.* & Sejus heres esse non poterat, nisi Titius heres esset: quia hic sub hac conditione institutus fuerat. neuter igitur heres esse poterat, quia uterque expectare debeat alterius aditionem, qua præcedente sibi, & non aliter deferretur hereditas, *l. cedere* 213. *de verb. sign.* sine cessione autem non est delatio, sine delatione non est adquisitio, *l. delata* 151. *de verb. sign.* Necessarii autem heredes statim a morte testatoris heredes sunt ex testamento, *l.* 1. *§. qui sunt* 7. *si quis omiss. causa test.* adeo ut inviti hereditati obligentur, *l. lege Cornelia* 12. de testam. *l. si filius* 12. *de vulg. subst.* itaque necessarius heres, qui vult heres esse, nihil aliud facit quàm declarare se velle obsequi defuncti voluntati, & nolle uti beneficio abstinendi, quod a prætore sibi concessum est, *§. sui autem* 2. *Inst. de her. qual. & diff. l. necessarius* 57. *de adq. vel omitt. her.*

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, CAMPANUS: SIVE AD CAMPANI, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE CAMPANO, JURISCONSULTO.

JURISCONSULTI Campani nullam invenio mentionem apud veteres Historicos. Credibile est sub Vespasianis vixisse illum. Laudatur ab Aburnio Valente, qui Javoleno Prisco, Juliani Præceptori successit, *l. necessarium* 2. §. *ult. de orig. jur. l. an apud se* 5. *de manum. vind.* & Trajano defuncto adhuc vivebat, ut colligitur ex *l. Arrianus* 42. *de jure Fisci*, ubi hunc Imperatorem *Divum* appellat. Ausim dicere, Campanum scripsisse *De Fideicommissariis libertatibus*, ut conjectari licet ex subjectis fragmentis, de his pertractantibus. Certe Valens eum allegavit: *Lib. VI. Fideicommissorum*, & Pomponius, *Lib. III. Fideicommissorum*, ut dubitari minime possit, Campanum egisse *de Fideicommissis*.

VALENS Libro ſexto Fideicommiſſorum. in l. Campanus 47. de operis libertorum.

Campanus ſcribit, non debere Prætorem pati, donum, munus, operas, imponi ei, qui ex fideicommiſſi cauſa manumittatur. ſed, ſi, cum ſciret poſſe ſe id recuſare, obligari ſe paſſus ſit: non inhibendam operarum petitionem. quia donaſſe videtur.

COMMENTARIUS.

I. Qui ex cauſa fideicommiſſi manumittitur, eſt quidem libertus manumiſſoris, & tam contra tabulas, quàm ab inteſtato ad bona ejus venire poteſt (manumiſſor) quaſi patronus: ſed operas ei imponere non poteſt, nec impoſitas ab eo petere, *l. qui ex cauſa 39. de bon. libert.* Hujus pronunciati non tam exceptio, quàm declaratio eſt, quod Marcianus ſubjicit ibidem in hanc ſententiam. ſed ſi defunctus filio ſuo legavit ſervum, & rogavit ut eum manumittat, ea mente ut plenum jus patroni habeat; defendendum eſt, poſtea eum operas jure imponere. Hoc enim potuiſſet (ut Paulus ait) quaſi patroni filius, id eſt, quaſi ſuus heres, ſervique dominus, etiamſi directam libertatem accepiſſet, *l. filius 33. de fid. libert. juncta l. in ſuis 11. de lib. & poſtum.* Jure igitur Campanus hanc regulam adſtruit, *Non debere Prætorem pati donum, munus, operas imponi ei, qui fideicommiſſi cauſa manumittatur.* Donum eſt liberalitas, quæ nulla neceſſitate juris, & officii, ſed ſponte præſtatur: quæ ſi non præſtatur, nulla reprehenſio eſt; &, ſi præſtatur, plerumque laus eſt, *l. munus 214. §. dona 1. de verb. ſign.* Munus eſt donum cum cauſa, ut puta natalitium, nuptialitium, *l. inter donum 194. de verb. ſign.* Operæ ſunt diurnum officium, *l. 1. de oper. libert.* Cum igitur donum nulla neceſſitate juris, & officii debeatur; & munus ſolum præſtetur ob cauſam minime obligantem; ideo mirum non eſt, non debere libertum donum & munus præſtare ei, a quo per fideicommiſſum manumiſſus ſit. De donis igitur & muneribus, ei non præſtandis nulla dubitatio eſt. Nam hæc manumiſſores nunquam in ſtipulationem deducebant, ne nimis avari viderentur. Bene vero operas. Atque ideo ſuperiorem regulam ſic ex Campano Valens temperavit. Sed ſi *cum* (libertus) *ſciret poſſe ſe id recuſare, obligari ſe paſſus ſit, non inhibendam operarum petitionem* (Campanus ait) *quia donaſſe videtur* libertus, qui nullo jure cogente conceſſit, *l. donari 82. de div. reg. jur. ſi cum ſciret* (inquit Campanus) *poſſe ſe id recuſare.* aliud enim dicendum, *ſi ſui juris inſcius*, obligari ſe paſſus ſit. Finge itaque cum Papiniano hoc modo. *Cerdonem* (ſic ſervus appellabatur, ut ille alter, de quo Apulejus, *Lib. II. Metamorph. Cerdo quidam nomine negotiator acceſſit*) *ſervum meum manumitti volo ita* (ſub modo relinquitur libertas: idem tamen eſſet, ſi ſub conditione) *ut operas heredi promittat: non cogitur manumiſſus promittere. ſed*

& ſi

& si promiserit (sui juris ignarus) in eum actio non dabitur. Nam juri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit. l. Cerdonem 42. *de oper. libert.* Jus publicum Papinianus vocat, Rescriptum D. Hadriani, & deinde aliorum Principum confirmantium, cessare operarum persecutionem adversus eum, qui ex causa fideicommissi ad libertatem perductus est. *l. ut jurisjurandi* 7. *§. rescriptum* 4. *nostra l. Campanus* 47. *de oper. libert. l. manumissionis* 2. *l. minor.* 5. *Cod. de fideic. libert.* Idem dicendum est, si manumissionis causa traditus sit, *l. manumissionis* 2. *Cod. de oper. libert. l. si quis* 13. *πωλ. eod. l. si quis* 30. *qui & a quib. man. lib. non fiunt*, idem, si alicui bona addicta, *l. si quis* 13. *§. sed nec cui* 1. *de oper. libert.* Idem, si se servus suis nummis emit, *l. qui se* 67. *de judic. l. si servo* 84. *§. ult. de her. inst. l. is qui* 4. *in princ. & §. & primo* 1. *l. si quis* 5. *l. si quis* 19. *de manum.* Idem denique, si nummos manumissor ab extraneo accepit, *l. qui nummis* 3. *Cod. de oper. libert.* quibus omnibus casibus nihil præter obsequium libertus debet, *l. etiam* 3. *Cod. de obsequiis.*

POMPONIUS Libro tertio Fideicommissorum. in l. invitus 34. §. Campanus 1. de fideicommissariis libertatibus.

Campanus ait, si minor annis viginti rogaverit heredem, ut proprium servum manumittat, præstandam ei libertatem: quia hic lex Ælia Sentia locum non habet.

COMMENTARIUS.

I. Lex Ælia Sentia, quam Sex. Ælius Catus, & C. Sentius Saturninus sub Augusto tulerunt anno quarto æræ Christianæ, inter alia libertatis impedimenta hoc introduxit, ut dominus minor annis viginti manumittere servum non posset, nisi dictâ apud Consilium justâ causâ manumissionis, approbata fuerit manumissio, *l.* 1. *de manum. l. si minor* 11. *l. pupillus* 24. *de manum. vind. l. ergo* 4. *§. item* 18. *de fideic. libert. l. si minor* 102. *de legat.* 1. *§. eadem lege* 4. *Inst. qui & quib. ex caus. man. non poss.* Idquè etiam locum obtinet in milite minore viginti annis, *l. si a milite* 29. *§. miles* 1. *de test. mil. l. nec militi* 3. *de manum. test. l. Rufinus* 4. *Cod. de test. mil.* His consequens est, ut nec minor alteri servum dare possit ut eum manumittat: sic enim legi fraus fieret, *l. si quis* 3. *§. minor* 1. *l. cum fideicommissa* 16. *§. si partem* 1. *qui & a quib. manum. lib. non fiunt, junctis l. contra* 29. *l. fraus* 30. *de legib.* Hoc autem est intelligendum, si ipse minor probare causam non posset: si enim posset, nulla fraus intelligeretur, *l. si cum fideicommissa* 16. *§. si partem* 1. *qui & a quib. man. lib. non fiunt.* Non enim voluit lex ut servi minoris manumitti non possent; sed ut injustas ob causas non manumitterentur. Unus tamen est casus, quo sine causæ probatione potest minor manumittere, si videlicet pater,

Digitized by Google

ter, aut avus eum manumittere consenserit, *l. filius familias* 13. *de jur. patro. l. si consentiente* 16. *l. nepos* 22. *de manum. l. surdi* 10. *l. pater* 22. *de manum. vind. l. sancimus* 1. *§. ult. Cod. com. de manum.* quo casu servus efficitur liber etiamsi tempore quo minor manumittat, jam decesserit pater, aut avus, etiam intestato, dummodo id filius ignoret: favore enim libertatis non apparet mutata esse domini voluntas, *l. si pater* 4. *de manum. vind.* Favore, inquam, libertatis; aliud enim postulat summum jus, *l. quæritur* 15. *§. Julianus* 1. *qui & a quib. manum. lib. non fiunt.* Recte vetus verbum: *summum jus, summa injuria*, quæ hic non est ferenda. Inter casum autem quo pater, aut avus vivit, manumittente filio, & quo jam decessit, hoc interest, quòd in priore manumissus fit libertus patris, aut avi, *l. filius familias* 13. *de jur. patr. l. si consentiente* 16. *l. nepos* 22. *de manum.* Ratio est, quia pater, aut avus manumittit utens filii ministerio, *l. pater* 22. *de man. vind.* in posteriori, filius. Ceteris in casibus minor Consilio adhibito manumittere debebat. In Consilium autem adhibebantur Romæ quinque Senatores, & quinque Equites Romani: in provincia viginti Recuperatores, Ulpianus *tit.* 1. *de libertis*, *§. eadem lex* 13. Atque hos, qui in Consilio erant, vocavit Judices Ulpianus, *l. illud* 16. *de man. vind.* Impediendæ libertati colorem hunc quæsivit Augustus, ut consilio minoris quasi parum firmo resisteret, *l. si minor* 4. *de serv. export.* Idcirco ad manumissionem non requisivit vigesimum ætatis annum, quam firmatam ætatem Constantinus appellavit, *l.* 1. *Cod. Theod. de his qui ven. ætat.* imitatus fortasse Virgilium, qui *Ecloga IV. versu* 37. ita cecinit.

Hinc ubi jam firmata virum te fecerit ætas.

Quoties igitur libertas non datur ex minoris judicio, nulla probatio causæ requiritur, etiamsi tradatur servus minori ut eum manumittat: ratio est, quia tunc ex necessitate, non sua sponte manumittit: quod ni faceret minor, ad libertatem servus perveniret ex Constitutione D. Marci ad Aufidium Victorinum, *l. causam* 20. *de manum. l. si rogatus* 20. *§. sed & si* 1. *de man. vind.* Potest tamen si velit, allegare causam ex abundanti, *l. causam* 20. *de manum.* & vero debet in fideicommissaria libertate, *d. l. causam* 20. *§. non idem* 1. *de manum.* Similiter, si minor fructuarius servum consentiat manumitti, consentiendo potest ad libertatem perducere, *l. si minor* 2. *de manum. vind.* Ratio est, non solum ea, quia servus ejusmodi minoris fructuarii non est, *l. cum aliter* 1. *§. domini* 1. *ad S. C. Silan. l. falsus* 43. *de furtis*, *l. recte* 25. *de verb. sign.* verum etiam, quia (sicuti respondetur in simili casu de servo, in quo minor pignoris habet jus, *l. si pater* 4. *§. ult. de man. vind.*) non tam manumittere minor intelligitur, quàm non impedire manumittentem: occasio, non causa manumissionis est. Quamobrem multum interest, servum communem velit minor manumittere, an socius: nam priori casu nihil agit minor nisi causam probet, *l. si pater*

pater 4. *§. ult. de man. vind. l. si cum fideicommissa* 16. *qui & a quib. man. lib. non fiunt*: posteriori, servus liber erit, etiamsi minor causam non approbet *argum. l. servus* 6. *de man. vind.* Ratio differentiæ est, quia priori casu minor; posteriori, socius manumittit: cum in utroque casu is, qui manumitti nolit, pretium servi pro portione teneatur accipere, *l. sancimus* 1. *Cod. commun. de manum.*

II. Justas autem manumissionis causas, si quis noscere cupiat, inveniet in *l. justa causa* 9. *l. si minor* 11. *cum aliquot seqq. de manum. vind. l. matrimonii* 21. *qui & a quib. manum. lib. non fiunt. §. justæ autem* 5. *Inst. qui & ex quib. caus. manum. non poss.* Hanc vero causam si duo sint minores socii, sufficit unum solum probare, *l. servus* 6. *de manum. vind.* Cum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui quatuordecim annos expleverat, licet testamentum facere, & in eo sibi heredem instituere, legataque relinquere posset; tamen, si adhuc minor esset viginti annis, libertatem servo dare non posset, *§. ult. Inst. qui & ex quib. caus. manum. non poss.* Excipiebatur unus casus, si cum posset minor apud Consilium manumittendo ad libertatem perducere, necessarium heredem faceret. Hæc enim ipsa necessitas heredis, probabilem facit manumissionem, ut Paulus ait, *l. qui potuerint* 27. *de manum. test.* juncta *l. quæ propter necessitatem* 162. *de div. reg. jur.* Hoc autem quod diximus, minorem libertatem servo dare non potuisse, de directa intelligendum. Fideicommissam enim recte poterat relinquere, si modo potuit causam probare minor, si vivus manumitteret, *l. ergo* 4. *§. idem* 18. *de fideic. libert. l. minor* 5. *Cod. eod. l. si Rufinus* 4. *Cod. de test. mil.* & tutoris auctoritas interveniret, *l. pupillus* 24. *de manum. vind. l. ex causa* 11. *de fideic. libert.* Erat igitur insignis differentia inter directam, & fideicommissariam libertatem. Differentiæ ratio ex ipsa lege Ælia Sentia petenda. Jussit enim hæc lex minorem non alio modo manumittere posse, nisi dictâ, & approbatâ apud Consilium manumissionis causâ. igitur vetavit minorem directe per testamentum manumittere, nisi miles esset, qui causam habuit manumittendi consilio probabilem, *l. si Rufinus* 4. *Cod. de test. mil.* Non autem prohibuit alium a minore servum suum manumittere: ergo neque prohibuit minorem fideicommissam libertatem præstare servo. Tunc enim non minor, sed heres ejus manumittit, qui propterea patronus est, *§. libertus* 2. *Inst. de sing. reb. per. fideicom. relict.* Quanquam ut omnis fraus evitaretur, requirebant Prudentes, ut justa esset causa illius servi manumittendi, *l. ergo* 4. *§. idem* 18. *de fideic. libert. l. minor* 5. *Cod. eod. l. si Rufinus* 4. *Cod. de test. mil.* Idque potest confirmari difficiliori exemplo. nam, si partem, quam in communi servo habet minor viginti annis, manumittendi causâ tradiderit, cum ipse causam probare posset, nulla fraus intelligetur, *l. si cum fideicommissa* 16. *§. si partem* 1. *qui & a quib. man. lib. non fiunt.* cum alias, si causam non

 habeat,

habeat, nihil agat, & nullius momenti traditio ſit, quanquam ea mente tradiderit, ut cum viginti annos ipſe expleret, alter manumitteret. Non enim multum facit quod diſtulit libertatis præſtationem. Lex quippe conſilio ejus quaſi parum firmo reſtitit, *l. ſi quis* 7. *d. l. ſi cum fideicommiſſa* 16. *§. ſi partem* 1. *qui & a quib. man. lib. non fiunt*, *l. ſi minor* 4. *de ſervis export. l. ſi minor* 4. *Cod. qui manum. non poſſ.* Habemus itaque, minoris heredem manumittere poſſe ſervum, cui libertatem minor rogavit. nam, ſi minor annis viginti rogaverit heredem ut proprium (id eſt, ipſius minoris ſervum) manumittat, præſtanda ei libertas: quia hic, id eſt in hoc caſu, quo heres manumittit, lex Ælia Sentia locum non habet, puta, ſi probabilis adſit cauſa. Nam, neque minor manumittit; neque ei rogat dari libertatem, cui ipſe dare non poſſet. Sed licet hæc doctrina vera ſit, commodiorem accipiunt interpretationem Campani verba, ſi explicemus ita. Si minor annis viginti rogaverit heredem, ut proprium (hoc eſt, heredis, alioqui ſuum dixiſſet) ſervum manumittat, præſtanda ei libertas: quia hic (hoc eſt, cum ſervus minoris non eſt) lex Ælia Sentia locum non habet. Porro, poſteaquam Juſtinianus conſtituit, primum, ut qui decimum ſeptimum, deinde, ut qui decimum quartum annum impleverit, libertatem teſtamento dare ſervo ſuo poſſit, *§. ult. Inſt. qui & ex quib. cauſ. man. non poſſ. Novel. CXIX. cap.* 2. poterit minor de ſervi libertate, libere, uti voluerit, diſponere, nulla inter directam, & fideicommiſſam diſtinctione.

III. Verum his quæ diximus, obſtare videtur Modeſtinus, qui *Libro I. Regul. in l. ſi quis* 31. *de leg.* 2. ita ſcripſit. *Si quis, quos non poterit manumittere, legavit, ut manumitterentur, nec legatum, nec libertas valet.* An dicemus Modeſtinum loqui de adulterii rea, quæ non poteſt legare ſervos ut manumittantur, *argum. l. ſtuprum* 34. *ad l. Jul. de adult.* quæ eſt ejuſdem Modeſtini ex eodem *Libro I. Regul.* cui adjungi debet *l. qui pœnæ* 8. *§. Divus* 2. *de man. & princ. Inſt. de her. inſt.*? An potius dicemus loqui de ſervo, qui ſeſe liberum gerens, teſtamentum fecit: quo caſu conſtat, nullam competere libertatem datam ab eo, qui poſtea ſervus ipſe pronunciatus eſt, ut docet idem Modeſtinus eodem *Libro I. Regul. in l. nulla* 19. *qui & a quib.* Veriſimile quidem eſt ſuperiori Regulæ hæc exempla ſubjecta fuiſſe. Sed & potuit Modeſtinus loqui de ſervis excedentibus numerum legis Fuſiæ Caniniæ. Quanquam non in eundem finem deſcripſiſſet Juſtinianus ejuſdem legis abrogator. Cujus mentem cum conſidero in eo Regula deſcribenda, nihil ſimplicius eſt, quàm dicere inter alia pertinere ad ſervos per pactum, aut teſtamentum manumitti prohibitos, *l. ſervos* 9. *de man. l. ille* 9. *§. ult. qui & a quib.* hoſque nemo manumittere poteſt, *l. contra* 7. *l. ſi quis* 9. *§. quod conſtitutum* 1. *de man. teſt. l. ea quidem* 5. *Cod. ſi mancipium ita fuerit alien.* ſicut nec pignori datos, *l. ſervum* 4. *qui & a quib.* At ſaltem valeat legatum. Valeat, dummodo non ut nudus manumiſſionis miniſter electus ſit legatarius, *argum. l. ſi quis* 17. *de legat.* 2.

GRE-

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
VARIUS LUCULLUS:
SIVE AD
VARII LUCULLI
FRAGMENTUM
COMMENTARIUS.

DE VARIO LUCULLO, JURISCONSULTO.

DE Jurisconsulto Vario Lucullo nihil affirmare audeo, nisi allegatum fuisse a T. Salvio Aristone, *l. liber homo* 19. *de adquir. rer. dom.* Fuit autem Aristo Trajani Consiliarius, *l. ult. si a parente quis manum. sit*, & ut egregius Jurisperitus celebratus fuit a Plinio, *epist.* 22. *Lib. I.*

POMPONIUS Libro tertio ad Sabinum.
in l. liber homo 19. *de adquir. rer. dom.*

Liber homo, qui bona fide mihi servit, id quod ex operis suis, aut ex re mea pararet, ad me pertinere sine dubio Aristo ait: quod verò quis ei donaverit, aut ex negotio gesto adquisierit, ad ipsum pertinere. Sed hereditatem legatumve non adquiri mihi per eum: quia neque ex re mea neque ex operis suis id sit. nec ulla ejus opera esset in legato. in hereditate aliquatenus: quia per ipsum adiretur. quod & Varium Lucullum aliquando dubitasse. sed verius

 esse

esse non adquiri, etiamsi testator ad me voluisset pertinere. Sed licet ei minime adquirit, attamen si voluntas evidens testatoris appareat, restituendam esse ei hereditatem. Sed Trebatius, si liber homo bona fide serviens, jussu ejus cui serviet, hereditatem adiisset: heredem ipsum fieri. nec interesse, quid senserit, sed quid fecerit. Labeo contra, si ex necessitate id fecisset. quod si ita, ut & ipse vellet: ipsum fieri heredem.

COMMENTARIUS.

I. Qui bona fide alicui serviat, sive servus alienus est, sive homo liber est, quidquid ex re ejus, cui servit adquirit, ei adquirit, cui bona fide servit. Sed & si quid ex operis suis adquisierit, simili modo ei adquirit. nam & operæ quodammodo ex re ejus, cui servit, habentur: quia jure operas ei exhibere debet, cui bona fide servit; *l. qui bona fide* 23. *l. adquiruntur* 10. *§. de his* 3. *l. si servus* 21. *l. qui bona* 23. *§. si quis* 3. *de adq. rer. dom. l.* 1. *Cod. de rei vindic.* Sed multo clarius *§.* 1. *Instit. per quas perf. nob. oblig. acquiratur*, ubi sic ait Imperator. *Item per liberos homines, & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.* Observanda sunt illa verba, *tantum ex duabus causis*, ut intelligamus ex cæteris adquisitionem excludi. Pergit Justinianus, & ait, *in §. seq. Per eum quoque servum, in quo usumfructum* (vel usum) *habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.* Vides ut Justinianus comparationem ducat a libero homine, vel servo alieno, qui bona fide possidetur, ad servum fructuarium. E contrario, a fructuario ad servos alienos, vel ad homines liberos bona fide possessos, comparationem duxit in *§. de iis* 4. *Inst. per quas perf. cuiq. acq.* qui locus desumtus est ex *l. adquiruntur* 10. *§. de his* 3. *& seqq. de adquir. rer. dom.*

II. Quamobrem omisso servo alieno bona fide possesso, de quo in præsentia disputare animus non est, liber homo qui bona fide mihi servit, id quod ex operis suis, aut ex re mea pararet, ad me pertinere sine dubio, Aristo ait, *hac nostra l. Sine dubio* (inquit) quia id transiit in juris Regulam, ut supra vidimus in allegatis legibus. Pergit vero disputare de aliis rebus, quæ neque proveniunt ex servi operis, neque ex re mea, qui bona fide possideo hominem liberum; & ait: *Quod vero quis ei donaverit, aut ex negotio gesto adquisierit*, (scilicet homo liber, qui bona fide mihi servit) *ad ipsum pertinere.* Idem docuit Gajus *dicta l. adquiruntur* 10. *§. de his* 3. *de adq. rer. dom.* Justinianus *dicta l.* 4. Addit Aristo, *sed hereditatem legatumve non adquiri mihi per eum* (etiamsi homo liber qui bona fide mihi servit, heres institutus sit, aut ei quid legatum sit): *quia neque ex re mea, neque ex operis suis id sit.* Quoniam vero in legato nulla esset ratio dubitandi, in hereditate, nonnulla, ait idem Aristo; *Nec ulla ejus*

opera

opera esset in legato: *in hereditate aliquatenus*, *quia per ipsum adiretur*: quod & Varium Lucullum aliquando dubitasse, Aristo refert: sed verius esse ait idem Aristo, *non adquiri* (mihi bona fide possidenti hominem liberum heredem institutum) *etiamsi testator ad me voluisset pertinere.* Ratio est, quia testator nequit facere ne leges in suo testamento locum non habeant, *l. nemo* 55. *de legat.* 1. Idem docuerunt Gajus, & Justinianus in allegatis locis. Docuit etiam Julianus aditionem hereditatis non esse in opera servili, *l. aditio* 45. *de adq. vel omitt. her.* quod olim dubitaverat Varius Lucullus. atque ideo docuit etiam Paulus, fructuario hereditatem adquiri non posse, quia in operis servi hereditas non est, *l. fructuario* 4. *de adq. rer. dom.* Sed si hoc est verum in usufructuario, cui similem esse diximus hominem liberum, servumque alienum bona fide possessum; quid est quod Ulpianus in *l. si servi* 2. *de usufr.* loquens de servo fructuario ait: *Si vero heres institutus sit*, *vel legatum acceperit*; *Labeo distinguit*, *cujus gratia vel heres instituitur*, *vel legatum acceperit.* Quorsum hæc Labeonis distinctio, nisi ut intelligamus, fructuarium servum heredem institutum, vel legatum accipientem fructuarii gratia, ei adquirere; simpliciter vero institutum, vel si simpliciter ei legetur, domino proprietatis adquirere? Et sane hanc fuisse Labeonis, & Ulpiani mentem, comprobat sequens disputatio ejusdem Ulpiani in *l. seq. sed & si quid donetur servo*, *in quo ususfructus alterius est*; *quæritur quid fieri oporteat? Et in omnibus istis*, *siquidem contemplatione fructuarii aliquid ei relictum*, *vel donatum est*, *ipsi adquiret*; *sin vero proprietarii*, *proprietario*: *si ipsius servi*, *adquiretur domino. Nec distinguimus*, *unde cognitum eum*, *& cujus merito habuit*, *quid donavit*, *vel reliquit.* Sed & si conditionis implendæ causa quid servus fructuarius consequatur, & constiterit, contemplatione fructuarii eam conditionem adscriptam; dicendum est, ipsi adquiri: nam & in mortis causa donatione idem dicendum est. Adde *l. facta* 63. *§. si heres* 4. *ad S. C. Treb. l. socium* 60. *§. socius* 1. *pro socio.* Eleganter Ulpianus, cujus disputatio verissima est. Nec ei adversatur Aristonis sententia existimantis, *verius esse non adquiri* mihi hereditatem, mihi, inquit, hominem liberum bona fide possidentem, *etiamsi testator ad me voluisset pertinere.* Loquitur enim Aristo de adquisitione, quæ fit per summum jus, cujus regula non patitur, ut extra rem meam, & operas hominis liberi, quicquam per eum adquiram, *Sed licet ei* (id est, bonæ fidei possessori) *minime adquirat* (intellige summo jure) *attamen*, *si voluntas evidens testatoris appareat*, *restituendam esse ei hereditatem*, idem Aristo docet *hac nostra lege.* Valeat hic vulgatum illud, *summum jus summam esse injuriam*: frangat eam interpretatio prudentum.

III. Atque hoc quidem obtinet, si homo liber bona fide possessus contemplatione ejus cui bona fide servit, institutus fuerit, quæ olim quæstio varie tractata fuit, *l. aditio* 45. *§. & quod a quibusdam* 4. *de adq. vel omitt. her.*

her. Sed finge eum ſimpliciter inſtitutum, adhuc in hoc caſu Trebatius ajebat, *ſi liber homo bona fide ſerviens, juſſu ejus, cui ſerviat, hereditatem adiiſſet*; *heredem ipſum* (hominem liberum bona fide poſſeſſum) *fieri*: *nec intereſſe, quid ſenſerit, ſed quid fecerit*, hoc eſt, Nec intereſt hominem revera liberum bona fide poſſeſſum ſe exiſtimare ſervum, & per aditionem domino a ſe exiſtimato adquirere. Nam exiſtimatio illa falſa eſt; & ipſe re vera liber: & propterea adeundo ſibi adquirit, uti mox videbitur. *Labeo contra*, id eſt, contrarium ſenſit, *ſi ex neceſſitate id feciſſet* (homo liber bona fide poſſeſſus) nam coactus a domino adire, neque illi, neque ſibi adquiret ob voluntatis defectum, quæ in metu deſideratur, *l. qui in aliena 6. §. Celſus 7. l. ſi metus 85. de adquir. vel omitt. her. Quod ſi ita* (adierit) *ut & ipſe vellet* (ſibi ſcilicet adquirere, ſenſit Labeo) *ipſum* (hominem liberum bona fide poſſeſſum) *fieri heredem.*

IV. Contrarias Trebatii & Labeonis ſententias ante Pomponium Celſus tradiderat, *Libro XVI. Digeſtorum in l. 59. de her. inſt. Liber homo*, inquit, *cum tibi ſerviret, heres inſtitutus, juſſu tuo adiit. Trebatius eſſe eum heredem* (ſenſit.) *Labeo tunc non eſſe heredem, ſi neceſſitate id fecerit, non quod alioquin vellet obligari.* Neceſſitatem vocavit Labeo exiſtimati domini coactionem, cujus juſſu adiit liber homo bona fide poſſeſſus. *Voluntatem* ſe obligandi intellexit liberam aditionem abſque juſſu præcedenti, per quam ipſe putabat ſe obligari: quod prudenter exiſtimare nequit, niſi ſe liberum opinetur. Hoc perinde eſt ac ſi dicatur, Trebatium nullam diſtinctionem adhibuiſſe, & ſimpliciter exiſtimaſſe hominem liberum bona fide poſſeſſum adeundo ſibi hereditatem adquirere; quia poteſt, & debet. Poteſt, quia re vera liber eſt. Debet, quia propter eandem rationem non poteſt alteri hereditatem adquirere, *l. homo liber 54. de adq. rer. domin.* Labeo autem diſtinxit inter caſum, quo neceſſitate adiit propter præcedentem domini coactionem, & caſum, quo ſponte ſua adiit. Priore caſu, qui bona fide ſervit, ſi quaſi juſſu domini adierit, non obligatur, docente Paulo, *l. qui putat. 74. §. qui bona fide 2. de adq. vel omitt. her. Quaſi juſſu domini* inquit, improprietate denotans illegitimum juſſum non veri domini. Similis eſt huic (homini libero bona fide poſſeſſo) ſtatu liber, qui juſſus ab herede (legendum puto *a domino*, niſi forte hic coheres eſſet, *in l. ſi ego 26. l. ſi ex ſua 36. l. heres 43. de adq. vel omitt. her.*) adire hereditatem, poſt conditionem libertatis exiſtentem, cum hoc ignoraret, adiit, *d. l. qui putat 74. §. ſimilis 3. de adq. vel omitt. her.* idemque dici debet de Poſteriore caſu, quo *ſponte ſua* adiit homo liber bona fide poſſeſſus, ſibi hereditatem adquiret, non modo ſi certus ſit de ſua conditione, quia omnino adit ut liber, *l. homo liber 54. de adq. rer. dom.* Verum etiam ſi de ſua conditione dubitet, *argum. l. qui in aliena 6. §. ſi is 4. verſ. nam eum*, & *l. ſed & ſi 34. de adq. vel omitt. her.* ubi ratio.

V. Modeſtinus in *d. l. homo liber 54. de adq. rer. dom.* ita hæc omnia enuclea-

enucleavit ex Q. Mucii ſententia, ut ejus diſputatio veluti ſumma videri poſſit hucuſque dictorum. Ecce eam paucis propoſitionibus expoſitam.

VI. *Homo liber hereditatem nobis adquirere non poteſt.* Excipe caſum quo noſtri contemplatione inſtitutus ſit, *l. aditio* 45. *§. & quod a quibuſdam* 4. *de adquir. vel omitt. her.*

VII. Homo liber, *qui bona fide nobis ſervit, adquiret*: ſibi videlicet. hoc enim eſt proprie adquirere, aliàs adjiceretur, cui. Atque ita exigit hujus propoſitionis explicatio ei adnexa: *ſi tamen ſponte ſua ſciens conditionem ſuam, adierit.* Hoc eſt quod Labeo dixit: *quod ſi ita, ut & ipſe vellet,* (fieri ſcilicet heredem) *ipſorum fieri heredem, l. liber homo in fine de adquir. rer. dom.*

VIII. *Nam ſi* (homo liber bona fide a nobis poſſeſſus) *juſſu noſtro adierit, neque ſibi, neque nobis adquiret.* Non ſibi, quia alterius juſſui parens, videtur ei velle adquirere, *l. placet* 79. *de adq. vel omit. her. Neque nobis adquiret, quia homo liber hereditatem adquirere non poteſt,* ut propoſitione prima ſupra ſtabilitum eſt. quod verum eſt non ſolum in homine libero bona fide poſſeſſo, verum etiam, ſi quis mihi bona fide ſerviat ſervus alienus, juſſu meo hereditatem adeundo nihil promovebit, nec adquiret mihi: nec fructuarius quidem ſervus, *l. ſi quis* 25. *in princ. de adq. vel omit. her.* Quod autem dicitur, *neque ſibi adquiret,* hanc habet conditionem: *ſi non habuerit animum ſibi adquirendi. quod ſi eam mentem habuit, ſibi adquirit.* Et hoc eſt, quod Labeo dixit: *quod ſi ita, ut & ipſe vellet: ipſum fieri heredem, l. liber homo* 19. *in fine de adq. rer. dom.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
LÆLIUS FELIX:
SIVE AD
LÆLII FELICIS FRAGMENTA COMMENTARII.

DE LÆLIO FELICE, JURISCONSULTO.

A. GELLIUS, *Noct. Atticar. Lib. XV. cap.* 27. bis laudat Lælii Felicis ad Q. Mucium librum primum. In eo libro allegabatur Labeo: igitur Lælius Felix posterior fuit Labeone. Sub quonam igitur Imperatore vixit? Sub Hadriano nimirum, ut ipse Lælius testatur apud Paulum, *l. antiqui* 3. *si pars hered. pet.* Egisse videtur *de hereditatis petitione*, de qua tractant duo juris testimonia, in quibus ille allegatur.

PAULUS Libro secundo ad Plautium. in l. postquam 43. *de hered. petitione.*

Postquam legatum a te accepi, hereditatem peto. Atilicinus quibusdam placuisse ait, non aliter mihi adversus te dandam petitionem, quàm si legatum redderem. Videamus tamen ne non aliter petitor hereditatis legatum restituere debeat,

debeat, quàm ut ei caveatur, si contra eum de hereditate judicatum fuerit, reddi ei legatum: cum sit iniquum, eo casu possessorem hereditatis legatum quod solverit, retinere: & maximè si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit adversarius. idque & Lælius probat. Imperator autem Antoninus rescripsit, ei qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse: scilicet, si manifesta calumnia sit.

COMMENTARIUS.

I. A te herede instituto legatum accepi, ignorans testamentum fuisse falsum, vel injustum aliqua de causa: postea visus sum id comperisse; atque ideo abs te hereditatem peto; hereditatem, inquam, mihi ab intestato debitam, quam me posse petere constat, *l. cum is* 44. *de her. petit.* quæritur an prius tibi legatum debeam reddere; & si debeam reddere, quomodo? Simpliciterne, an sub cautione aliqua? Atilicinus ajebat, quibusdam Jurisconsultis placuisse, non aliter mihi adversus te hereditatis petitionem dandam esse, quàm si legatum redderem: merito quidem: contradictionem enim implicaret, ut eodem tempore ex testamento vellem retinere, & ab intestato peterem. Verum, ut addit Paulus, non aliter legatum restituere debeo, nisi mihi caveris, *si contra me de hereditate judicatum fuerit*, id est, si testamentum justum pronunciatum fuerit, te mihi legatum redditurum, cum iniquum sit, eo casu quo tu qui hereditatis es possessor, & justus possessor declararis, legatum retineas; cum idem testamentum quod te facit heredem, me legatarium faciat: & ego dicens, non jure factum testamentum, nihilominus voluntatem defuncti retinere possum, quia de jure disputo, non judicium impugno, *l. penult. de his quæ ut indign.* sicut ille qui falsum testamentum dicit, aut non jure factum de inofficioso contendere non potest, *l. post legatum* 5. *in princ. & §. ille qui* 1. *de his quæ ut indign.* contra quam evenit in eo qui postquam agnovit legatum, de inofficioso vult agere: non enim est permittendum, ut in legato approbet testantis judicium, & ut insaniam arguat, *l. si pars* 10. *§. ult. l. ult. de inoff. test.* & allegans contraria, audiendus non est, *l.* 1. *Cod. de furt.* Igitur si victor evaseris, debebis mihi restituere legatum; & maxime, si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierim: idque non solum Paulus, sed & ante eum etiam probavit Lælius. Digna est ut attendatur illa particula, *maxime*, qua quidem innuitur, debere te mihi restituere legatum, etiamsi per calumniam petierim: jure merito: nam si per calumniam petii, oportet quidem calumniam puniri. Sed in eo minime puniri debeo, in quo nihil peccavi, *argum. l. ex facto* 43. *§. ult. de vul. & pup. subst. l. rescriptum* 6. *in fine de his quæ ut indign. l. Falcidiæ* 24. *ad leg. falcid.* At enim calumnia fit in hereditatis petitione instituenda, non in legato percipiendo: immo quò major illa calumnia, tantò

firmius, jus ad legatum habeo. Quare percipere debeo legatum, quoties victus sum, sive calumniatus sim, sive non: quanquam huic calumniosæ petitioni vix est ut hodie aliquis locus supersit, ex quo Imperator Antoninus Elagabalus rescripsit, ei qui legatum ex testamento abstulisset causa cognita, ut in *l. post legatum* 5. *§. ille* 1. *vers. de eo, de his quæ ut indign. l. si is* 3. *§. nec non* 1. *ut in poss. legat.* hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit. Unde apparet locum non esse nisi calumniæ occultæ.

II. Quid autem fiet, si per me remoram facientem factum sit, ut legatum redditum non sit: quod multis modis effugere possum, & inter hæc subterfugia, victor evaserim? Judicis officio continetur, ut mihi victori, deducto eo, quod accepi, restituatur hereditas, *l. cum is* 44. *de hered. petit.* id est, ut in id quod ex hereditate restituendum est, imputetur id quod ex causa legati solutum fuit: nam bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, *l. bona fides* 57. *de div. reg. jur.* Improbusque est, qui bis idem velit consequi, *l. si quis* 51. *de re jud.* aut ex aliena jactura locupletari, *l. nam hoc* 14. *de cond. indeb. l. jure naturæ* 206. *de div. reg. jur.*

PAULUS Libro septimo decimo ad Plautium. in l. antiqui 3. *si pars her. pet.*

Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent: sicut apparet in jure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur dum incertum est an nasci possit. ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo & venter, tunc quæ portio in suspenso esse debeat, quæsierunt: ideo quia non poterant scire quot nasci possunt: ideo nam multa de hujusmodi re tam varia & incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur. Nam traditum est, & quattuor pariter puellas a matre familias natas esse. alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponensi, multas Ægypti uno utero septenos. Sed & tregeminos senatores cinctos vidimus Horatios. Sed & Lælius scribit, se vidisse in palatio mulierem liberam quæ ab Alexandria perducta est ut Hadriano ostenderetur cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum post diem quadragensimum. Quid est ergo? prudentissimè juris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest intuerentur: id est, quia fieri poterat ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint. ΤΟ ΓΑΡ ΑΠΑΞ Η ΔΙΣ, *ut ait Theophrastus*, ΠΑΡΑΒΑΙΝΟΥΣΙΝ ΟΙ ΝΟΜΟΘΕΤΑΙ. *Ideoque & si unum paritura sit, non ex parte dimidia sed ex quarta interim heres erit.*

COM-

COMMENTARIUS.

I. Si pars hereditatis petatur, ei qui eam partem suam esse dicet, adversus eum qui eam pro herede, vel pro possessore possidebit, judicium dat Prætor, *l.* 1. §. *qui hereditatem* 1. *l. non possumus* 7. *l. cum heredis* 10. *si pars her. petatur.* Sed interdum Prætor incertæ partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis intervenientibus, ut puta, est defuncti fratris filius, sunt & uxores defunctorum fratrum prægnantes; quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est: quia quot edantur fratris defuncti filii, incertum est. Æquissimum igitur est, incertæ partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicumque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertæ partis vindicationem concedi, *l.* 1. §. *ult. de her. pet. l. illud sciendum* 5. *in princ.* & §. 1. *eod. tit.* Hoc supposito, singulas nostræ legis sententias illustremus.

II. *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent. Antiqui* hic vocantur Jurisconsulti veteres, veluti Gallus Aquillius, *l. a fratris postumo* 127. *de legat.* 1. & Gallo etiam antiquiores. *Liber venter* est, liberæ mulieris partus μετωνυμικῶς, *l.* 1. §. *si quis proximior* 8. *unde cogn.* nam ancillæ partui utpote servo non consulitur, *l. quod attinet* 32. *de divers. reg. jur.* Eatenus autem ei, qui in utero esse dicitur, consulitur, si fuit conceptus vivo eo, de cujus bonis adipiscendis agitur; alioqui nullo jure defunctum contingeret: præterea nasci debet, nam alias nondum animal esset, sed spes animantis, *l.* 1. §. *si quis* 8. *unde cogn. l. negat lex* 2. *de mort. infer.* homo non recte dicitur, *l. in Falcidia* 9. §. *circa ventrem* 1. *ad leg. falcid.* Quin etiam, ut jam conceptus jus aliquod habeat in præsens, qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quæritur, *l. qui in utero* 7. & *l. qui in utero* 26. *de statu hom.* quod si habet jus, integrum habere debet: *sicut apparet in jure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit.* Paulus *hac nostra lege*, cui adde eundem Paulum, *Libro XVII. ad Plautium in l. sed & si* 28. §. *ult. de judic.* & Ulpianum, *l.* 1. §. *ult. si pars hered. pet. l.* 1. §. *si quis* 8. *unde cognati. Ubi autem eodem gradu sunt ceteri, quo & venter, tunc quæ portio in suspenso esse debeat, quæsierunt* (antiqui Jurisconsulti.) Eundem gradum intellige, sive re vera sit idem, sive fictione juris, ubi locus est repræsentationi. Quare vero antiqui quæsierunt tunc, quæ portio in suspenso esse debeat? *Ideo quia non poterant scire, quot nasci possunt.* Et quare scire non poterant, quot nasci possunt? *Ideo* (scire non poterant), *nam multa de hujusmodi re tam varia, & incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur: nam traditum est, & quattuor pariter puellas a matrefamilias natas esse. alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponnesi, multas Ægypti uno utero septenos.*

Digitized by Google

Plinius autem *Lib. VII. cap.* 3. loquens de matrefamilias Peloponnesi ait, *Reperitur & in Peloponneso quinos quater enixa, majoremque partem ex omni ejus vixisse partu.* ubi non *binos quater*, ut in vulgatis lectionibus, sed *quinos quater*, ut Sabellicus legit, emendandum est. Nam Aristoteles in *Hist. Animal. Lib. VII. cap.* 4 ita scripsit. *Sed quinque complurium nascuntur. Jam enim hoc pluribus evenisse conspectum est. & quædam viginti, partubus quattuor edidit: quinos enim singulis partubus enixa est, majorque eorum pars enutriri, & adolescere potuit.* quæ postrema verba mirifice consonant cum Plinianis illis, *majoremque partem ex omni ejus vixisse partu.* Phlegon item Trallianus, *rer. mirabil. cap.* 28. ita scripsit: *Antigonus narrat Alexandriæ mulierem quandam quattuor partubus viginti fœtus edidisse, plerosque autem sublatos, atque educatos.* Antigoni autem verba in *Historiarum mirabilium Collectaneis, cap.* 119. sic se habent. *Mulierem non ultra quinque uno partu edere: memoriæque fuisse proditum, quandam quattuor partubus viginti enixam, & plerosque horum enutritos fuisse.* Paullus Ægineta, *Lib. III. cap.* 36. *quod plures sint fœtus: quinque enim vivos prodidit Herophilus.* Et quod emendationi maxime fidem facit, Tertullianus *de Anima, cap.* 2. scribit: *Invenitur etiam in jure civili Græca quædam mulier quinionem enixa.* Atque ita postulat numerorum ordo, ut a quattuor eodem partu natis progrediamur ad quinque. Quod vero de Ægypti fœcunditate narratur, mirum non est, *fœtifer enim potu Nilus*, ut ait Plinius, *Lib. VII. cap.* 3. & ante Plinium Trogus apud Solinum, *cap.* 1. *pag.* 4. auctor est, *in Ægypto septenos uno utero simul gigni*, & Seneca *Natural. quæst. Lib. III. cap.* 25. *Quorumdam caussa non potest reddi, quare aqua Nilotica fecundiores feminas faciat, adeo ut quarumdam viscera longa sterilitate præclusa, ad conceptum relaxaverit.* Columella, *Lib. III. cap.* 8. Ægyptiorum fecunditati Afrorum conjunxit loquens de naturæ muneribus. *Quibusdam*, inquit, *gentibus numerosam progenerandi sobolem dedit* (natura, vel ut Christiane dicamus, naturæ Actor) *ut Ægyptiis, & Afris, quibus gemini partus familiares, ac pene solennes sunt.* Atque horum aliquos intellexit Paullus, quos laudavit ut non leves auctores, ut Proculus Jurisconsultus non levis Juris auctor dicitur, *l. Divi* 17. *de jure patr.*

III. Deinde Paullus ab externis ad propria exempla conversus ait: *Sed & tergeminos senatores cinctos vidimus Horatios. Vidimus*, inquit Paullus, non quia ipse viderit Horatios tergeminos, multis retro sæculis natos, sed formula usitata scribendi ea, quæ eo tempore quo res contigit, omnium oculis exposita fuit. Sic Justinianus, *l.* 1. *in princ. Cod. de Offic. Præf. Præt. Afric.* Wandalorum in Africa furores memorans, *Vidimus*, inquit, *venerabiles viros, qui abscissis radicitus linguis suas pœnas miserabiliter loquebantur.* Et Tertullianus *de Pallio, cap.* 4. simili locutione. *Converte & ad feminas, habes spectare, quod Cecina Severus graviter Senatui impressit: matronas sine stola in publico!* Paullus ait, Horatios fuisse *Senatores*, nec mirum cum eorum gentem Patriciam fuisse constet, & ex ea multos Consulares

lares fuisse. Addit fuisse *cinctos*, ut intelligamus loqui se de tergeminis illis Horatiis, qui cum essent milites strenuissimi (milites enim cingebantur, *l. quod dicitur* 38. §. *miles* 1. *de test. milit.*) pro salute Populi Romani cum Curiatiis congressi fuerunt.. Simili modo Horatius in *Arte Poëtica*, *v.* 50. Cethegos vocavit *cinctutos*. De Horatiis trigeminis ita Plinius, *Lib. VII. cap.* 3. *Tergeminos nasci certum est*, *Horatiorum*, *Curiatiorumque exemplo*. De quibus vide Dionysii Halicarnass. *Antiq. Roman. Lib. III. pag.* 150. *& seq.* unde lucem accipit Columella *Lib. III. cap.* 8.

IV. *Sed & Lælius scribit*, *se vidisse in Palatio mulierem liberam*, *quæ ab Alexandria perducta est ut Hadriano ostenderetur cum quinque liberis*, *ex quibus quattuor eodem tempore enixa*, *inquit*, (Lælius scilicet) *dicebatur*, *quintum post diem quadragesimum*. Hinc emendandum est quod in Basilico legimus, *Lib. XLII. tit.* 2. *septem simul enim editi sunt*, *quorum unus ex superfætatione post quadraginta dies*. Pro septem enim, *quinque*, legere debemus. Idem error emendari debet in Auctore *Enantiophanon*, *Lib. XLVIII. tit.* 5. Ex eodem loco emendandus etiam est Phlegon *de Reb. Mirabil. cap.* 29. *Eademque in urbe* (Alexandria scilicet) *alia mulier quinque infantes unà peperit*, *tres masculos*, *duas feminas*, *quas suis sumtibus ali jussit Trajanus Imperator. eademque mulier*, *circumacto exinde anno*, *tres infantes peperit.* ubi non *Trajanus*, sed *Hadrianus* legi debet, errore nato ex affinitate litterarum. Mulier illa Alexandrina Romam perducta adeo celebrata fuit, ut ejus fama Ægyptum pervenerit, cum esset ibi Julianus, ut ipse testatur, *l. si pater* 36. *de solut.* In eo vero distat Lælii narratio a Juliani narratione, quod ille scripserit, mulierem illam Alexandrinam quattuor liberos eodem tempore enixam, quintum post diem quadragesimum: Julianus vero ait, affirmatum esse sibi, eam *quinque simul peperisse*. Ad Juris controversiam nihil interest. Idem asserit Gajus, *l. utrum* 7. *de reb. dub.* per hæc verba. *Et nostra quidem ætate Serapias Alexandrina mulier ad D. Hadrianum perducta est cum quinque liberis*, *quos uno fœtu enixa est.* Capitolinus *in Antonino Pio*, *cap. IX.* ait, *ejus temporibus uno partu mulieris quinque pueros editos esse.* Minime id adversatur præcedentibus, nam quod sub Imperio Hadriani contigit, proculdubio contigit temporibus Antonini, hoc est Antonino vivente, qui Hadriano successit.

V. His præmissis, quærit hoc modo Paulus. *Quid est ergo?* id est, quot partes reservari debent nascituris. Respondet idem Paulus. *Prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt*, *ut quod fieri non rarum admodum potest*, *intuerentur*: *id est*, *quia fieri poterat*, *ut trigemini nascerentur*, *quartam partem superstiti filio adsignaverint.* τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς, *id est*, *quod enim semel*, *aut bis existit* (*ut ait Theophrastus*) παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, id est, prætereunt legislatores. *Ideoque & si unum paritura sit non ex parte dimidia*, *sed ex quarta interim heres erit.* Repetitur hæc Theophrasti sententia ab eodem Paulo, *l.* 6. *de legib.* Antiquorum vero Jurisconsultorum

consultorum sententia laudatur a Juliano, *l. si pater 36. de solut.* illis verbis. *Tres nasci potuerunt*, opinione scilicet probabili. Laudatur a Gajo cum ait: *Sed tamen quod ultra tres nascitur, vere portentosum videtur, l. utrum 7. de reb. dub.* Laudatur a Sabino & Casio apud eundem Paulum, eodem *Lib. XVII. ad Plautium in l. sed & si 28. §. ult. de judic. quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent: sed nostram inscientiam aspici debere.* Denique laudatur ab Ulpiano, sed numero indefinito, *l. intestato 3. §. est autem 10. de suis & legitim.* Atque hæc est illa medietas, quam Paulus ait prudentissime secutos esse Juris auctores: nimirum dixerat Paulus, multas in Ægypto uno partu septem enixas. Tres igitur qui simul edi posse concedit; medietatem sequi creditur, cum partus dividi non possit: nam aut tres, aut quattuor esse deberent, non quattuor, quia id rarissime evenit: tres igitur, quia frequenter. Plinius, *Lib. VII. cap. 3. Tergeminos nasci certum est, Horatiorum, Curiatiorumque exemplo: supra, inter ostenta ducitur.* & recte: nam in his quæ raro accidunt, ostenti quoddam genus, & admiraculum *est. Novel. CV. cap. 2. quod plerumque contingit, lex sequitur* docente Aristotele, *Lib. IV. Ethicorum, cap.* 8. non quod raro. Hinc in jure non insolens illa conditio: *Si tres pepererit, de qua eleganter disputavit Tryphoninus, l. Arescusa 15. de statu homin.* Ulpianus, *l. statu liberos 3. §. item Julianus 16. de statu liberis*, Paulus, *l. ter enixa 137. de verb. sign. & Lib. IV. Sent. tit. 9. ad S. C. Tertyllianum §. quæ semel 2.* Eustathius Antecessor *de temporalibus intervallis in princ.* Sed quid si pauciores quàm tres fuerint nati, veluti duo, ut in *l. idem erit 16. de statu homin.* vel unus, ut plerumque solet? Dicendum est cum Ulpiano, residuum ei pro rata adcrescere: si plures quàm tres, decrescere de ea parte ex qua heres factus est, *l. & si 4. si pars her. petatur.*

VI. Lectoris delectandi gratia explicabo illa verba nostræ legis: *Multa de hujusmodi re tam varia, & incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur*: nam præter exempla allata a Paulo, plura alia cumulabo. Solinus, cap. 1. ait: *Fausta quædam ex plebe partu uno edidit quattergeminos, mares duos, totidemque feminas.* Didicit hoc a Plinio *Nat. Hist. Lib. VII. cap. 3. Proxime, supremis Divi Augusti, Fausta quædam e plebe Ostiæ duos mares, totidem feminas enixa, famem, quæ consecuta est, portendit haud dubie.* Aristoteles Philosophus memoriæ tradidit mulierem in Ægypto uno partu quinque enixam pueros; eumque esse finem dixit multijugæ hominum partionis. hunc autem esse numerum ait rarissimum, ut refert Gellius, *Lib. X. cap. 2.* ubi doctrinam Aristotelis exemplo comprobat. Eandem Aristotelis doctrinam laudavit Julianus, addita ratione: *quia vulvæ mulierum totidem receptacula habere possunt, l. si pater 36. de solut.* Miror esse qui negent id scripsisse Aristotelem, cum Julianus, & Gellius id affirment: quasi Aristotelis scripta omnia ad nos pervenissent. Sed tamen non nego, Aristo-

Ariſtotelis doctrinam falſam eſſe ; nam in Ægypto ob fecundum potum Nili uno utero ſeptem interdum generantur , referente Trogo a Solino laudato. Quin ipſe Ariſtoteles ſcripſit , *mulierem quandam ſeptem geminos peperiſſe* , ut refert Strabo *Lib. XV. pag.* 478. Quapropter , *ſi quinque receptacula habet* (mulier) *quî ſimul poteſt ſemel eniti* ? ut ait Græcus interpres ad noſtram *l.* 3. *Lib. XLII. Baſilic. tit.* 2. Paulus Warnefridus *de Geſtis Longobardorum* , *Lib. I. cap.* 15. *His temporibus quædam meretrix uno partu ſeptem puerulos enixa* , *belluis omnibus mater crudelior* , *in piſcinam projecit necandos. Hoc ſi cui impoſſibile videtur* , *relegat hiſtorias veterum* , *&* *inveniet non ſolum ſeptem infantulos* , *ſed etiam novem unam mulierem ſimul peperiſſe. Et hoc certum eſt maxime apud Ægyptios fieri.* Euſtathius *ad Iliad. ύ.* refert , Viri cujuſdam illuſtris uxorem uno partu novem enixam. Celebrantur apud Gallos Porcelleti , quos e noveno partu originem ducere conſtans fama eſt. Plinius , *Libro VII. cap.* 11. ſcribit , extare etiam in monumentis medicorum uno abortu duodecim puerperia egeſta fuiſſe. Picus Mirandulanus auctor eſt , Dorotheam quandam Germanam mulierem duplici fœtu viginti liberos edidiſſe, primo quidem undecim , ſecundo novem , ſed & plures enaſci poſſe fortaſſe aliquis defendet ex Tatiano in *Oratione adverſus Græcos. Quid* , *inquit* , *ad me Periclymeni opus* , *muliercula* , *quæ uno partu triginta peperit* ? *quod plerique miraculum putant* : *cum potius magnæ intemperantiæ fructus hic exiſtimari deberet* , *& illa abominabilis videri* , *utpote ſimilis ſcrophæ Romanæ* , *quæ itidem propter eventum ſimilem ſacrum quendam cultum conſecuta fertur.* Non audebo dicere huc pertinere , quæ ſcripſit Plinius , *Lib. VII. cap.* 3. ubi hæc leguntur. *Pompejus magnus in ornamentis theatri mirabiles fama poſuit effigies* , *ob id diligentius magnorum artificum ingeniis elaboratas* : *inter quas legitur Eutyche* , *a XX. liberis rogo illata Trallibus* , *enixa triginta partus. Legitur* inquit , nam ut recte admonuit eruditiſſimus Johannes Andreas Straneus in laborioſiſſimis *Annotationibus ad Plinii Hiſtoriam* , additi imaginibus tituli. Non , inquam , audebo dicere Plinium & Tatianum de eadem muliere locutos. nam Plinius debet intelligi de triginta partubus , Tatianus de uno. Verum id quod ait Tatianus de triginta porcis , ſcripſerat quoque Caſſius Hemina *in ſecundo Annalium* : *Paſtorum* (inquit) *vulgus ſine contentione conſentiendo præfecerat æqualiter imperio Remum & Romulum* , *ita ut de regno pares inter ſe eſſent. Monſtrum fit* : *ſus parit porcos triginta* ; *cui rei fecerunt fanum Laribus grundilibus* , ut refertur a Diomede *Lib. I. pag.* 379. Adde Nonium *in Grunduleis.* Virgilius , *Lib. III. Æneid.* ℣. 388. *& ſeqq.* ex Catone , & Fabio Pictore tradidit monſtrum illud Æneæ indicaſſe locum condendæ Albæ longæ. Audiamus ſummum Poëtam.

Signa tibi dicam : tu condita mente teneto.
Cum tibi ſollicito ſecreti ad fluminis undam
Litoreis ingens inventa ſub ilicibus ſus ,

Triginta

Triginta capitum fœtus enixa, jacebit,
Alba, solo recubans, albi circum ubera nati:
Is locus urbis erit: requies ea certa laborum.

Vide vaticinium impletum, *Lib. VIII. Æneid.* ✝. 42. *& seqq.* Adde Varronem, *de Re Rustica Lib. II. cap.* 4. Diodorum Siculum *in fragmen. Lib. VII.* ex laudato Fabio Pictore, Schol. Juvenalis *ad Sat, VI.* ✝. 177. & vetustum auctorem *de origine gent. Rom. cap.* 11. *&* 17. Cum igitur Roma gloriaretur hujusmodi monstro, situs sui locum designante, mirum non est, in oppido Obulco, quod aliter dicitur Municipium Pontificiense, non *Pontificium*, uti Scaliger illud nominavit in *Thesauri Gruteriani Indice*, *cap.* 10. statuam fuisse positam scrofæ, quæ enixa fuit triginta porcellos: nam credibile est, id factum fuisse in gratiam C. Cæsaris, qui generis sui originem ducere volebat a Venere Æneæ matre, ut constat ex Suetonio *in Julio*, *cap.* 5. Illius partus memoriam conservat inscriptio, quam edidit Ambrosius Morales *in Antiquitat. fol.* 25. Gundisalvus Argote de Molina *Lib. I. de Nobilitate Andaluziæ cap.* 9. *fol.* 8. Lipsius *in Auctario Inscriptionum Smetii*, *pag.* 23. Occo, *pag. XIII. num.* 16. Gruterus, *pag. CV. num.* 12. consultis *Corrigendis*, *pag.* 1183. *col.* 1. Nonius *in Hispania*, *cap. XX.* Carus in *Antiquit. Hispal. Lib. III. cap.* 13. Ea vero ad hunc diem male descripta, & edita, si legi debet, prout mihi affirmavit Antonius Capdevila, Medicinæ doctor, testis oculatus.

C. CORNELIVS
C. F. C. N. GAL.
CÆSO. ÆDIL. FLA
MEN. II. VIR. MV
NICIPI. PONTIFIC.
C. CORNEL
CÆSO. F. SACER
DOS. GENT. MV
NICIPI. SCROFAM
CVM PORCIS TRI
GINTA MPEN
SA IPSORV. D. D. PONTI
FEX

Ubi pro PONTIFEX, lego, PONTIFIC. hoc est, *Pontificiensium*: nam decreto Decurionum illius Municipii Cæsones, pater & filius, impensa sua statuam illam dedicarunt Genio Municipii Antonius Augustinus, qui *Dialogo VIII. pag.* 322. mentionem fecit hujus inscriptionis, confudit eam cum altera ejusdem Municipii, quæ legitur apud Moralem in *Antiquit. fol.* 13. & apud Argote de Molina, *Lib. I. cap.* 9. *fol.* 8. & apud Gruterum *pag. CCCCLVIII. num.* 5. situ ejus male designato. nam in hac

qua

qua de agimus Obulco non commemoratur; in illa vero fit mentio L. Porcii Stilonis Obulconensis, & ordinis etiam Obulconensis. Probabiliter Morales in laudatis *Antiquit. fol.* 25. conjectatus est, ab hac inscriptione accepisse nomen *Porcunæ*. quam conjecturam comprobarunt Antonius Augustinus, *Dialogo VIII. Antiquit. pag.* 322. & Nonius *in Hispania, cap.* 20. Illud obiter admoneo, ex hac inscriptione confictam efformatamque fuisse aliam attributam oppido *Martos* apud Gruterum, *pag. CCCXCV. num.* 8. desumtam *ex Metelli schedis*, hujusmodi fictionum plenis. Impostor non intellexit quæ Morales scripsit in *Antiquit. fol.* 25. *lit.* B. ubi designans situm inscriptionis Porcunæ, adjunxit Porcunam *esse villam*, (id est oppidum) *Ordinis Calatravensis in Provincia, quam vocant de Martos*. Credens igitur impostor, Martos, hoc est, Tucci, fuisse inscriptionem, e cerebro suo eam depromsit.

VII. Sed e longo, verum non inamœno diverticulo, redeamus ad puerperii numerum.

Uxor Virboslai Comitis in Cracovia triginta sex uno partu edidit, ut refert Johannes Herbortus, *Lib. VII. Histor. Polon. cap.* 13. Albertus magnus *Lib. IX. de anim. tract.* 2. *cap.* 5. refert, mulierem quandam in Germania consignatis conservatisque jam in utero duorum & viginti infantium corpusculis, abortum fecisse: aliam vero etiam septuaginta: imo, ut magis mireris, aliam ejecisse in pelvim embryunculorum auricularis digiti magnitudine corpuscula centum & quinquaginta. Cujus rei facta fides est tuniculis, quibus obvolvebantur concissis. Addit quoque, pluribus eorum adfuisse dilationis & constructionis motum, & signa alia vitæ complura, oculis tamen imperfectioribus, manuum vero & pedum digitos fuisse veluti capillares. Narrat etiam eruditissimus Johannes Ludovicus Vives *in Garrientibus, uxorem Comitis Bataviæ* (Margarita, ut fertur, dicebatur) *uno partu tot edidisse, quot sunt in anno dies, ex imprecatione mendicæ cujusdam. Mendica hæc liberis onusta, petiit ab hac Comite stipem; illa ubi conspexit tot pueros, convicio illam abegit, scortum vocitans, negabat enim posse fieri, ut ex uno viro tantam sobolem suscepisset; innocens mendica precata est Divos, ut si se castam, & puram scirent, darent Comiti ex marito suo tot fœtus uno conceptu, quot sunt in anno dies: & ita contigit: ostenditurque propago numerosa illa in oppido quodam illius insulæ.* Hactenus Ludovicus Vives. Adde Guicciardinum in sua *Belgia*. Sed merito fabulosæ illi narrationi subjunxit Gracculus apud Vivem. *Malo credere, quàm exquirere.* Sed si exquirendi laborem excusare vis, consule Petrum Scriverium in *Antiquit. Batav.* & Matthæum Vossium *Annal. Hollandiæ Zelandiæque Lib. IV. ad annum MCCLXXVI.* Atque his similia sunt, de quibus Paulus in *nostra lege* dixit: *Multa de hujusmodi re tam varia & incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur.*

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, ARRIANUS: SIVE AD ARRIANI, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE ARRIANO JURISCONSULTO.

ARRIANI *Librum secundum De Interdictis* allegavit Ulpianus, *l. pro herede* 11. *de her. petit.* ubi ita loqui videtur perinde quasi Arrianus fuerit antiquior Proculo. In eodem argumento *de Interdictis*, agensque de Interdicto, *Quod legatorum*, laudatur idem Arrianus ab ipsomet Ulpiano, *l.* 1. *§. quia autem* 4. *Quod legatorum.* Quod argumentum, *de Interdictis* scilicet, plenius exsecutus est libris sex Venulejus Saturninus. Atque ideo forte contigit, ut pauciora nobis supersint Arriani fragmenta. Idem Ulpianus Pomponii & Arriani testimoniis utens in *l. ex facto* 19. *de her. inst.* Pomponium præmisit, an ob temporis prærogativam, an vero ob majorem in jure auctoritatem, aut quia ita fortuito accidit, incertum. Allegatur etiam Arrianus a Julio Paullo, nullo prænomine, neque cognomine adjuncto, *l. filium* 5. *de grad. & affin. l. Arrianus* 47. *de obl. & act.* Ego non audebo dicere, Arrianum post Pompo-

Pomponium floruisse, cum a Valente, qui Pomponio antiquior, & Divi Pii Consiliarius fuit, teste Capitolino *in Antonino cap.* 12. allegetur Arrianus Severus, Præfectus Ærarii post Trajanum, *l. Arrianus Severus* 42. *de jure fisci*, qui forte fuit Jurisconsultus noster. Quamquam etiam potuit esse Flavius Arrianus, cui rescripsit Hadrianus, *l. quibusdam* 2. §. *Divus Hadrianus* 1. *de jure fisci*, quique sub eodem Imperatore Cappadociæ præfuit, ut refert Dio *Lib. LXIX. pag.* 794. idemque fuit, ac Arrianus Nicomediensis, Stoicus eximius, Epicuri sectator, & illustrator celeberrimus, qui Romæ vixit sub Hadriano, Marco & Antonino Pio Imperatoribus, ut memoriæ prodidit Suidas, cui adjungi debent Lucianus in *Pseudomante*, & Eusebius in *Chronicis*; & Latine etiam scripsit, ut constat ex ejusdem Arriani Ponti Euxini Periplo scripto anno vigesimo imperii Hadriani. Diversusque fuit ab Arriano Maturio, quem Maximo suo eximie commendavit Plinius, *Lib. III. epist.* 2. & ab Arriano illo, cujus judicium laudavit idem Plinius, *Lib. I. epist.* 2. ad quem peramanter scripsit sex alias epistolas.

ULPIANUS Libro quinto decimo ad Edictum. in l. pro herede 11. *de heredit. petit.*

Pro herede possidet qui putat se heredem esse. Sed an & is qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quæritur. & Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri. quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim & bonorum possessor pro herede videtur possidere. Pro possessore verò possidet prædo.

COMMENTARIUS.

I. Cum hereditatis petitio sit Actio in rem universalis, qua actor se heredem esse dicit, vel ex testamento, vel ab intestato, hereditatemque, vel aliquid hereditarium ab eo, qui pro herede, prove possessore possidet, avocat, *l.* 1. *l. sive* 2. *l. regulariter* 9. *& duab. seq. de hered. petit.* merito Ulpianus agens de hac actione, quærit, quis pro herede possideat? quis pro possessore? Sed ut ejus decisionem melius intelligamus, prius scire debemus, quid sit possidere. Est autem possidere rem tenere cum animo sibi habendi, *l.* 1. *in princ. l. quod meo* 18. *de adq. poss.* Rem autem quis tenet, sive cum opinione dominii, sive sine ea. Priore casu possessio appellatur civilis; posteriore, naturalis, *l. si eum* 26. *de don. inter vir. & uxor. l. qui legatorum* 2. §. *quod vulgo* 1. *pro herede*, *l. stipulatio* 38. §. *hac quoque* 7. *de verb. oblig.* Quod si quis non habeat animum sibi habendi; sed detentione sua præbendi alterius possessioni ministerium; is dicitur quidem tenere, & in possessione esse: sed possidere non dicitur, *l. officium* 9. *de rei vind. l. si quis* 10. §. *idem Pomponius* 1. *de adq. vel amit.*

poss. In proposito tamen argumento placuit sub appellatione possessoris, etsi resistente subtilitate verbi, etiam detentorem contineri; quia æque, ac possessor habet restituendæ rei facultatem. Exemplum in *l. si a domino 36. de her. petit.* Illud videamus, quo sensu hereditas possideri dicatur, cum res sit incorporalis, *tit. Inst. de reb. corpor. & incorpor.* ac proinde natura tangi, teneri, aut possideri nequeat. Equidem hereditas possideri dicitur, cum quis vel jus pro herede, vel pro successore possidet, vel rem hereditariam licet minimam, *l. regulariter 9. & seq. de her. pet.* Pro *herede*, vel pro *possessore*, idem hic est, ac ut heres, vel ut possessor. Quod si talis est, qui petit, talis autem non est is a quo petitur; recte qui petit, jus illud vindicat. Itaque qui ex asse heres est, intendit quidem hereditatem suam esse: sed hoc solum ei officio judicis restituitur, quod adversarius possidet, *l. licet 10. §. itaque 1. de her. petit.* Nam qui jus integrum suum esse dicit, solum contendit ab habente partem, suam esse illam partem, idem ab aliis impetraturus.

II. His suppositis, pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Atque id ut indubitatum relinquit Ulpianus. Sed an & is qui scit, se heredem non esse, pro herede possideat? quæritur: & Arrianus *Lib. XI. de interdictis putat teneri: eumque esse juris usum Proculus docuit.* Et merito, quia ut quis pro herede, id est, ut heres possideat, satis est se pro tali gerere. Quid enim addit opinio propria? Facitne quem heredem? Minime. Plus facit actus.

III. Quæcunque dicta sunt, de eo, qui pro herede possidet, etiam intelligi debent de eo, qui ut bonorum possessor possidet: nam, ut Ulpianus docet *hac nostra lege, bonorum possessor pro herede videtur possidere.* id est, qui pro bonorum possessore possidet, sive quod idem est, qui ut bonorum possessor possidet; sive putet se talem esse, sive sciat se talem non esse, pro herede possidet; quia Prætor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet, *l. Prætor 117. de div. reg. jur.*

IV. Oportet autem distinguere pro bonorum possessore possidere, & pro possessore possidere. Qui pro bonorum possessione possidet, usu loquendi pro herede possidere dicitur, cui est contrarium pro possessore possidere. Pro possessore possidet, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium, nec ullam præterea peculiarem causam possessionis possit dicere ut prædo, fur, & raptor, qui se tales fatentur, aut esse tales non diffitentur, *nostra l. pro herede 11. §. 1. cum duab. seqq. de hered. petit.* Superiore autem modo respondere solent qui mala fide possident. Addit Ulpianus in *l. nec ullam 13. §. 1. ejusd. tit.* omnibus etiam titulis hunc pro possessore hærere, & quasi injunctum esse. Pluraque affert exempla, quæ sic se habent. Si quis dicat se pro emptore possidere quod a furioso emit sciens; nihil interest utrum nullum alleget titulum, an talem, qui pro nullo habetur

ipso

Digitized by Google

ipſo jure. nam qui allegat furioſi venditionem, quæ nulla eſt, idem eſt, ac ſi dicat, *Scio furioſum a quo emi, non habere vendendi facultatem, eoque me nullo jure poſſidere: interim volo id poſſidere ideo, quia volo poſſidere.* Item pro dote titulus recipit pro poſſeſſore poſſeſſionem: ut puta, ſi a minore duodecim annis nupta mihi quaſi dotem ſciens accepi: ratio eſt, quia quoties minor duodecim annis nubit, matrimonium non eſt, *princ. Inſt. de nupt.* ideoque nec dos proprie cenſetur, *l. dotis 3. de jure dot.* Et ſi legatum mihi ſolutum ex falſa cauſa ſcienti, utique pro poſſeſſore poſſidebo; ratio eſt, quia nullus titulus legati ſupponitur.

V. Hæc quidem intelligi debent, ſi titulus ſit injuſtus: hic enim ſolum pro nullo habetur. Quid ſi juſtus ſit? Ceſſat eo caſu hereditatis petitio, *l. cogi* 11. *Cod. de petit. her. l. hereditatem* 4. *Cod. in quib. cauſ. ceſſ. long. temp. præſc.* Ratio eſt, quia ſingularem allegat titulum, eumque juſtum, cum herede non de hereditate contendit, titulo pro herede, aut pro poſſeſſore, quorum cauſa ſolum hereditatis petitione conveniri poteſt; ſed ei movet litem de dominio adquiſito ex cauſa emptionis, aliave ſimili. ideoque rei vindicatione conveniendus: nam ut demus non eſſe dominum; tamen non eſt deterioris conditionis, quàm heres, qui eo quod hereditatem ſuam eſſe dicit, non idcirco obtinet, ſe eſſe dominum ſingularum rerum hereditatis. In pari autem cauſa poſſeſſor potior haberi debet, *l. in pari* 128. *de div. reg. jur.* Sed profecto intereſt inter rei vindicationem, & hereditatis petitionem. Illa obtinet quocumque titulo res poſſideatur: iſta ſolum valet adverſus eum qui pro herede, aut pro poſſeſſore, id eſt, ſine cauſa poſſidet. Et æquiſſimum eſt heredem verum præferri falſo, quamvis dicenti ſe pro herede, aut pro poſſeſſore poſſidere. Proinde putarunt Veteres, in rei vindicatione ubi non intereſt petitoris, qua ex cauſa poſſideatur, incivile eſſe poſſeſſorem cogi dicere titulum ſuæ poſſeſſionis; ſed in petitione hereditatis non ita eſſe: nam in ea intereſt petitoris, ne fruſtra experiatur, ante ex reo intelligere, utrum pro herede, an pro poſſeſſore, aliterve poſſideat, *l. cogi* 11. *Cod. de petit. her.*

VI. Illud in tranſitu monendum eſt, hereditatis petitionem a Prætore promitti non ſolum adverſus eum qui hereditatem pro herede prove poſſeſſore poſſidet, ſed etiam adverſus aliquos, qui neque pro herede, neque pro poſſeſſore poſſident; illis tamen non abſimiles habentur. Tunc vero ceſſat adverſus eos ex Edicti verbis directa hereditatis petitio: ſed ex ejus mente ac ſententia datur utilis. Unum exemplum habemus *in noſtra lege* in bonorum poſſeſſore, qui Jure Civili non eſt heres; ſed Jure Prætorio pro herede habetur, *l. Prætor* 117. *de div. reg. jur.* Aliud exemplum habemus in fideicommiſſario, *l. nec ulla* 10. *§. ſed & ſi* 6. *de her. pet.* nam nec ille eſt Jure Civili heres, etſi reſtituta ex fideicommiſſo hereditate propter auctoritatem S. C. Trebelliani, a Prætore heredis loco

 habetur.

habetur. Præterea apud Modeſtinum in *l. 46. de her. petit.* aliud occurrit exemplum in eo cui tanquam indigno hereditas a Fiſco aufertur. Verba Modeſtini ſunt. *Prædonis loco intelligendus eſt is, qui tacitam fidem interpoſuerit, ut non capienti reſtitueret hereditatem.* Erat quidem hic verus heres, *l. ex facto 43. §. Julius Longinus 3. de vulg. & pup. ſubſt.* ſed adverſus Fiſcum ei hereditatem tanquam indigno auferentem, non habetur heres; etſi aliàs heres eſſe non deſinat. Intelligitur ergo, ut Modeſtinus ait, in hac actione prædo, ſi ſciat, agente Fiſco. Quis ſi quis hereditatem emerit? an utilis in eum, petitio hereditatis deberet dari, ne ſingulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum eſt. Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidiſſe, & bonæ fidei poſſeſſorem fuiſſe: an porrigi manus ad emtorem debeant? Et putat Gajus Caſſius dandam utilem actionem, ut docet Ulpianus *l. nec ullam 13. §. quid ſi 4. de her. petit.* Specialem caſum de parte dimidia bonorum vendita, vide *in l. ſi poſt motam 2. Cod. de pet. her.*

ULPIANUS Libro ſeptimo ad Sabinum. in l. ex facto 19. de hered. inſtit.

Ex facto etiam agitatum Pomponius & Arrianus referunt, ſi quis vacua parte relicta ita inſtituerit, SI MIHI SEIUS HERES NON ERIT, *quem non inſtituerat,* SEMPRONIUS HERES ESTO: *an hic occupare poſſit vacantem portionem. & Pegaſus quidem exiſtimat ad eam partem admitti. Ariſto contra putat. quia huic pars eſſet data, quæ nulla eſſet. quam ſententiam & Javolenus probat, & Pomponius & Arrianus. & hoc jure utimur.*

COMMENTARIUS.

I. Hujus legis ſpeciem ita fingo. *Titius heres eſto ex beſſe: ſi Sejus heres non erit, Sempronius heres eſto.* quæritur an Sempronius occupare poſſit reliquam partem, trientem ſcilicet, quam Ulpianus cum Pomponio, & Arriano nominavit *vacantem*? Exiſtimavit Pegaſus ad eam partem admitti: proculdubio, quia quod aſſi deeſt, videtur ei relictum, *l. item 17. in princ. de her. inſt.* Ariſto vero contra putavit, quia huic (Sempronio videlicet ſubſtituto) pars eſſet data, quæ nulla eſſet: nam ſupponimus Sejum non fuiſſe inſtitutum. quam ſententiam & Javolenus probavit, & Pomponius & Arrianus: & hic uſus erat Ulpiani tempore, ut ipſe Ulpianus teſtatur in hac noſtra lege deſumta *ex Lib. VII. ad Sabinum*, cui adjungenda eſt altera ejuſdem Ulpiani, ejuſdemque Libri *lex 17. ſcilicet de her. inſt. §. 3.* cujus hæc ſunt verba. *Sed ſi aſſe expleto, alium ſine parte heredem ſcripſerit* (teſtator) in alienum aſſem veniet. aliter atque, ſi ita ſcripſiſ-

ſcripſiſſet expleto aſſe. *Ex reliqua parte heres eſto: quoniam cum nihil reliquum eſt, ex nulla parte heres inſtitutus eſt.* Reliquus quidem erat triens in noſtra ſpecie: ſed in inſtitutione Titii. Sempronius autem non fuerat ſimpliciter inſtitutus, ita ut dicere debeamus ad eum pertinere trientem, qui aſſi deerat, *l. item* 17. *in princ. l. aſſe* 77. *de her. inſt.* ſed Sejo quem teſtator non inſtituerat, ſubſtitutus fuit. Ideoque triens accreſcit Titio, ut *in l. interdum* 13. *§. ſed ſi* 3. *de her. inſt.* verum ad eum Sempronius nullum habet jus, cum inepte ſubſtitutus fuerit ex nulla parte. Hæc cum ita ſe habeant, non aſſentior Cl. viro Antonio Auguſtino, qui *Emendationum Lib. I. cap.* 2. ait, delendam eſſe negationem illius conditionis, *Si mihi Sejus heres non erit.* non quia deciſio non eſſet eadem, ut liquet *l. ſervus* 3. *§. ſi quis* 2. *de her. inſt.* ſed quia deciſionis ratio non cohæreret cum ſpecie.

PAULUS Libro ſexto ad Plautium. in l. ſi filium 5. de gradibus & affinibus.

Si filium naturalem emancipavero, & alium adoptavero: non eſſe eos fratres. ſi filio meo mortuo Titium adoptavero, videri eum defuncti fratrem fuiſſe Arrianus ait.

COMMENTARIUS.

I. Duas Arriani ſententias nobis Paulus proponit. Prima hæc eſt. *Si filium naturalem emancipavero, & alium adoptavero, non ſunt ii fratres.* Ratio eſt, quia ſicut emancipatus agnationis jura perdit, & extraneus efficitur, *l. quin etiam* 55. *§. patris* 1. *de ritu nupt. l. non facile* 4. *§. in adoptionem* 10. *de grad. & affinib.*; ita adoptatus ea adquirit, *l. qui in adoptionem* 23. *de adopt.* In diverſis igitur familiis ſunt a me emancipatus, & adoptatus: cum igitur aliunde cognati non ſint, neque adgnati ſunt. Quamobrem emancipatus filiam adoptati, & adoptatus filiam emancipati ducere poterit. Præterea cum emancipatus, & adoptatus nunquam fratres fuerint, ad eos minime pertinet Imperatoris Anaſtaſii Conſtitutio in *l. ſi ab eo* 11. *Cod. de leg. her.* ſicuti neque Juſtiniani *Novella CXVIII. cap.* 4. *&* 5. Sed neque dicta jura pertinerent, etiamſi Titius adoptatus fuerit, filio naturali nondum emancipato: quia ſubſequente poſtea emancipatione filii naturalis, cum antea nullum naturale vinculum inter eos fuiſſet, nullum remanere poſſet, contra quam evenit in naturalibus fratribus, quorum unus emancipatur, alter in patria poteſtate retinetur.

II. Altera ſententia Juriſconſulti Arriani hæc eſt, *Si filio meo mortuo Titium adoptavero*, videris defuncti frater *fuiſſe*. Ergo prædefuncti fratris filii adgnati fieret adoptivo patruo, ac proinde ſuccederet invicem, *§. per adoptio-*

adoptionem 2. *Inst. de leg. adgnat. succes.* Succedent cum filiis alterius patrui, *argum. l. post consanguineos*||2. §. *hæc hereditas* 2. *de suis & legit.* Præterea Titius adoptatus ducere non poterit uxorem fratris defuncti filiam, quia patruus est, *l. quin etiam* 55. §. *patris* 1. *de ritu nupt. juncta l. per adoptionem* 17. *in princ. ejusd. tit. l. nemini* 17. *Cod. de nupt.* §. *fratris* 3. *Inst. de nupt.* Neque nepotem, quia propatruus est, ac *proinde parentis loco ei est*, *argum. l. sororis* 39. *de ritu nupt.* Et hæc quidem Jure novo nullam habent dubitationem. Quoniam vero hoc jus non semper viguit apud Romanos; operæ pretium erit Juris progressum indicare, & quàm impotens libido sit, ostendere.

III. Plutarchus in *Quæstionibus Romanis cap.* 6. docet, placuisse vetere Romanorum jure, ne quis uxorem duceret fratris, aut sororis filiam: & si contra faceret, ut incestæ haberentur nuptiæ. Verum id jus, quoad fratris filiam, mutatum fuit, Imperante Claudio, de quo Suetonius in ejus *Vita* ita scripsit. *Illecebris Agrippinæ, Germanici fratris sui filiæ, per jus osculi & blanditiarum occasiones pellectus in amorem, subornavit proximo Senatu qui censeret cogendum se ad dicendam eam uxorem, quasi Reipublicæ maxime interesset: dandamque cæteris veniam talium conjugiorum, quæ ad id tempus incesta habebantur. Ac vix uno interposito die, confecit nuptias: non repertis qui sequerentur exemplum excepto libertino quodam, & altero primipilari, cujus officium nuptiarum & ipse cum Agrippina celebravit.* Formam illius *Senatusconsulti* exhibuit Tacitus *Annal. Lib. XII. cap.* 2. ubi ita scriptum. *Senatumque ingressus* (Claudius) *decretum postulat, quo justæ inter patruos, fratrumque filias nuptiæ etiam in posterum statuerentur.* De ipsomet Claudio ait Nutrix apud auctorem *Octaviæ*, *versu* 141.

Genitamque fratris, conjugem, captus, sibi
Foris nefandis, flebili junxit face.

Adde Juvenalem *sat. II. versu* 29. ubi vetus Scholiastes ita Satyrici mentem elucidavit. *Claudium Cæsarem dicit, qui occisa Messalina, uxorem impudicissimam Agrippinam fratris Germanici, matrem Neronis, revocatam ab insula, in matrimonium accepit, concesso jure talium nuptiarum ex Senatusconsulto.* Sed quoniam illud Senatusconsultum nominatim locutum fuit de fratris, non autem de sororis filia, stricte acceptum fuisse videtur, ut multa alia, quæ contra Juris regulas, aut receptos mores introduci solent. Eo modo igitur in fratris filia novum jus obtinere cœpit: sed in sororis filia antiquum perseveravit: maxime postquam Imperatori Nervæ placuit, occasione nimiæ licentiæ nonnullorum, laxius Senatusconsulti licentiam interpretantium, prohibere, ut ex Dione refert Xiphilinus *Lib. LXVIII. pag.* 770. uxorem duci filiam non fratris, sed sororis de qua unice Nerva egit Edicto suo. Consequenter his M. Antoninus Philosophus filiam suam Lucillam despondit fratri suo adoptivo Ælio Vero, ut Capitolinus refert in ejus *Vita*. Nec putavit vir non minus probus, quàm sapiens, se quidquam

quidquam facere Populi Romani legibus, aut moribus contrarium. Propterea igitur Jurisconsulti Claudio posteriores, cum in Pandectis disputant de nuptiarum prohibitione, quæ incidit in tertium lineæ transversæ gradum, mentionem fecerunt filiæ ac neptis sororis, non autem fratris, *l. sororis* 39. *de ritu nupt. l. miles* 11. *§. militem* 1. *l. stuprum* 38. *§. stuprum* 1. *ad leg. Jul. de adult.* quibus adde Papinianum, *Libro singulari de adulteriis, in Mosaicarum & Romanarum legum collatione, tit.* 6. *de incestis nuptiis, §.* 6. Mentionem item fecerunt avunculi, non vero patrui, *l. ult. de condict. sine causa, & l. qui in provincia* 57. *§. in libro* 1. *de ritu nupt.* Eoque nos docent, S. C. Claudianum viguisse diu. Unde apud Collatorem legum Mosaicarum & Romanarum, *tit.* 6. *de incest. nupt.* recte Ulpianus *Libro singulari sub tit. de nuptiis* ita scripsit. *Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem matrimonia contrahi non poterant: nunc autem ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis.* Non tamen cum quacumque fratris filia nuptias permissas fuisse crediderim; sed cum ea solum, quæ non esset in potestate illiusmet sub qua patruus suus: sed vel in alterius potestate, vel sui juris, *argum. l. quin etiam* 55. *§.* 1. *de ritu nupt.* ubi Gajus ita scripsit. *Patris adoptivi mei matrem, aut materteram, aut neptem ex filio uxorem ducere non possum: scilicet si in familia ejus sim. Alioquin, si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias: scilicet, quia post emancipationem extraneus intelligor.* Videmus hic, neminem posse patris sui adoptivi (ne naturalem solum intelligamus, quod multo fortius est) neptem ex filio, cujus quis patruus est, uxorem ducere, si in ejus familia sit, hoc est, si tum ea sit in ejusdem potestate. Et profecto cum Claudius Agripinam duxit, jam obierat Drusus, illius pater, & Agripinæ avus: adeoque illi in eadem familia jam non erant. & cum L. Verus duxit Lucillam Antonini filiam, jam obierat L. Veri pater adoptivus Annius Verus. Postea Imperatores Constantinus & Constans, cum solum esset licitum fratris filiam uxorem ducere, tam hanc, quàm sororis filiam, uxorem ducere sub capitali pœna prohibuerunt, *l. si quis* 1. *Cod. Theod. de incestis nuptiis.* quod jus Annianus accommodavit ad Gaii Institutiones *Lib. I. tit.* 4. *de matrimoniis §. fratris* 3.

ULPIANUS Libro sexagesimo septimo ad Edictum in l. 1. *§. quia autem* 4. *quod legatorum.*

Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede, vel pro possessore possideat, bellissimè Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam, & hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede, vel pro possessore, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur: quemadmodum solemus facere quotiens incertum est, quæ potius actio teneat. nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit.

COMMENTARIUS.

I. Æquissimum Prætori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere, occupatis legatis; sed ab herede petere. Si quæ igitur legatorum nomine possidentur; tunc Prætor, per Interdictum, *Quod legatorum*, quod continet hanc causam, *ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis* occupavit, *id restituat heredi*, Prætor, inquam, per hoc Interdictum redigit ad heredem ea, quæ legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire, ac si antea illa non possedissent, *l.* 1. *in princ. quod legator.* Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede, vel pro possessore possideat; quæritur quænam actio instituenda sit? Et *Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam, & hoc interdictum, quod legatorum reddendum, ut sive quis pro herede, vel pro possessore, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur.* Bellissime Arrianus scribit, Ulpiano laudante: quod laudandi genus Ulpiano familiare fuit, ut apparet ex *l. si alius* 7. *§. bellissime* 3. *quod vi aut clam*, *l.* 1. *§. quæ oneranda* 5. *quar. rer. act. non det.* Arriani sententia, quam Ulpianus laudat, hæc est, non solum hereditatis petitionem institui debere; sed etiam Interdictum, *Quod legatorum.* Hereditatis petitio institui debet, quia fieri potest ut quis pro herede, vel pro possessore possideat: quibus casibus locum habet hereditatis petitio, ut idem Arrianus docuit, *Lib. XI. de interdictis*, apud eundem Ulpianum *in l. pro herede* 11. *de her. pet.* Interdictum redditur; quia fieri potest, ut quis pro legato possideat: quo casu locum habet Interdictum, *Quod legatorum l.* 1. *in princ. quod legator.* & hereditatis petitio cessat, *l. nec ullam* 13. *de her. pet.* Comprobat Ulpianus hanc doctrinam aliarum actionum exemplo: *Quemadmodum* (inquit) *solemus facere quotiens incertum est, quæ potius actio teneat: nam duas dictamus* (Jurisconsulti scilicet) *protestati* (animadverte conditionem sub qua duæ actiones dictari solent) *ex altera nos velle consequi quod nos contingit*: id est, quod jure pertinet ad nos. Hæc autem protestatio necessaria est: alioqui quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet, ut idem Ulpianus docuit, *l. nemo* 43. *§. quotiens* 1. *de div. reg. jur.*

PAULUS *Libro quartodecimo ad Plautium. in l. Arrianus* 47. *de oblig. & act.*

Arrianus ait, multum interesse, quæras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur. ubi de obligando quæritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem.

COM-

COMMENTARIUS.

I. In dubiis potius quis censeri debet non obligatus, quàm obligatus: &, si obligatus est, potius censeri debet liberatus, quàm obligatus, si habeamus occasionem sic interpretandi, vel modica data occasione, ut Ulpianus ajebat *in l. ergo* 4. *§. si ex die* 5. *de fideic. libert.* Rapienda enim occasio est, quæ præbet benignius responsum, *l. rapienda* 168. *de div. reg. jur.* a Jurisconsultis videlicet, & Judicibus, quorum est de jure respondere; quique semper in dubiis benigniora præferre debent, *l. semper* 56. *ejusd. tit.* Superioris differentiæ duæ sunt rationes. Prima, quia humanius est, & benignius liberare, quàm obligare: secunda, quia Jus abhorret a litibus, quam parit obligatio, & tollit liberatio. Merito igitur dixit Quinctilianus *Instit. Orator. Lib. IV. cap.* 1. *esse naturalem favorem pro laborantibus.* Hujus differentiæ usus passim in jure occurrit, ubi scilicet legimus, obligationem alteri adquirere non licere, solutionem licere, *l. solvendo* 39. *de negot. gestis*, *l. solutione* 23. *l. si pro me* 40. *l. solvere* 53. *de solut.*

II. Superiori differentiæ consequens est, neminem prohiberi pluribus exceptionibus uti, quamvis diversæ sint, *l. nemo* 8. *de except.* quæ, sicut *nostra lex Arrianus*, desumta est etiam ex Pauli *Lib. XIV. ad Plautium*, ubi *de obligatione contrahenda & dissolvenda* egisse Paulum comperio ex quindecim legibus ejusdem libri per Pandectas sparsis.

III. Nostræ legis pronunciato confirmatur notissima exceptionum & actionum differentia: nimirum reus varias exceptiones cumulare, imo in eodem judicio variare potest: actu vero una tantum actione, in eodem judicio experiri debet, *l. nemo* 43. *de div. reg. jur.* Ego igitur conventus nego me debere, exempli gratia, dico, me jurasse: possum & aliis exceptionibus uti, veluti exceptione pacti conventi, compensationis, pecuniæ solutæ, rei judicatæ, doli mali, *l. is qui* 5. *de except.* Usus sum una exceptione, aliis cum ea defensionibus uti possum; vel relicta ea, aliis solis uti, *dicta l.* 5. atque ita, sive cumulative, sive successive, quamvis diversæ sint, *d. l. nemo* 8. *de except.* quo casu, si contrariæ sint, disjunctive convenit excipere. Exceptiones autem hæ ita cumulantur, nisi lex impediat, *l. nemo* 43. *de div. reg. jur.* quò pertinent *l. quotiens* 21. *§. Prætor* 2. *l. si servus* 22. *§. ult. de nox. act. l.* 1. *§. interdum* 15. *si quadr. paup. fec. dic. l. de ætate* 11. *§. si cum esset* 3. *de interrog. in jure fac. l. ult. de rei vind. l. cum de indebito* 25. *de probat. l. ult. §. ita tamen* 1. *Cod. de compens. l. ult. Cod. de fideicom. & §. ult. Inst. de fideicom. her. l. si unus* 67. *§. ult. pro soc. l. sed hoc ita* 22. *§. quod autem* 1. *de re jud. l. si dubitet* 10. *§. ita demum* 1. *de fidej. Novel. de triente & semisse XVIII. cap.* 8. in quibus omnibus speciebus alterius defensionis auxilium reo denegatur propter mendacium inficientis, dominium rei forte, vel titulum, vel factum suum, vel personæ

 condi-

Digitized by Google

conditionem. Ex diverso actor neque plures uno judicio actiones cumulare potest; neque in eodem judicio variare: quia certa esse debet agentis intentio: & altera contentus esse debet: unam debet eligere, unâque electâ, altera tollitur, de quo est *lex cum filius* 76. §. *evictis* 8. *de legat.* 2. §. *ceterum* 5. *Inst. quod cum eo. l. quod in herede* 9. §. *eligere* 1. *de trib. act. l. pro socio* 38. §. *si tecum* 1. *pro soc. l. & ita* 3. §. *ult. nautæ, caupones*, nisi incertus sit actor, qua actione uti debeat, ut in *l.* 1. §. *quia autem* 4. *quo legat.*

IV. Si inter pares numero judices dissonæ sententiæ proferantur, absolvitur reus, tam in judiciis publicis, quàm in privatis, *l. inter pares* 38. *de re judic.* quod ex antiquissima Atheniensium lege originem ducit, ut videre est apud Samuelem Petitum in eruditissimo *Commentario ad leges Atticas*, *pag.* 334. Sed tacitus nullo modo præterire possum Aristotelis elegantissimum testimonium, qui præter id quod ait in *Rhetorica ad Alexandrum*, *cap.* 19. in fine, egregie de hac re disputavit in *Problematis*, *sect. XXIX. num.* 13. cujus verba interpretatione donata a Theodoro Gaza non pigebit huc transcribere. *Cur si suffragia pari numero accusatori & reo fuerint, reum vincere sancitum est? an quia cum agitur causa, tunc primum ea audit reus, atque respondere, testesque adhibere debet, aut quid facere aliud, unde sibi præsidium eruere possit: facile autem nemini est divinare quæ sibi præmolienda, præparandaque sint, ut testes, aut aliquam fidem aliam, qua se innocentem ostendere valeat. At vero accusator, & antequam in judicium vocet, rem disponere, atque statuere potest, prout sibi libitum est. & cum jam accersivit, fictis veri quibusdam similibus agere; quibus rebus cum legum auctor minui partes rei videret, favendum censuit ei, quoties sententiæ judicum pares inter se fiant.* Cetera ibidem lege, neque te pigebit. Ab hac parte stat Minervæ, ut dicitur, suffragium, sive calculus: quod proverbium ab Areopago traxit originem, ut videre est apud Æschylum *in Eumenidibus*, ubi sic ait Minerva.

Meum hoc est munus postremam ferre in judicio sententiam.
Hoc igitur suffragium addam in Orestis gratiam.

Quæ Scholiastes sic explicat. *Ego adjiciam postremum suffragium: aut quando erunt paria suffragia vincit accusatus.* Jure, nam sequitur apud Æschylum.

Vincit Orestes siquidem paribus suffragiis fuit judicatus.

& alibi.

Hic vir effugit capitale judicium:
Numerus enim suffragiorum par fuit.

Vide Ciceronem in *Oratione pro Milone*, *cap.* 3. Aristidem, *Oratione in Minervam*, *pag.* 7. *versionis Canterianæ*, Philostratum, *Lib. II. de Vitis Sophistarum in Aristocle*, *pag.* 566. & Dionem Cassium, *Lib. LI. pag.* 457.

V. Hoc jus jam obtinebat apud Romanos Ciceronis tempore, ut constat ex *Orat. pro Cluentio*, *cap.* 27. *in consilium* (inquit) *erant ituri judices triginta*

ginta & duo. Sententiis decem & sex absolutio confici poterat. Recte itaque ajebat Seneca pater, *Controv. I. Lib. I. inter pares sententias mitior vincat.* & filius ejus, *epist. LXXXI. Reus sententiis paribus absolvitur, & semper quidquid dubium est, humanitas inclinat in melius.* Quinctilianus *Declamat. CCLIV. Quid est igitur? lex jubet eos absolvi, qui pares sententias tulerint. Imputabitis istud publicæ misericordiæ, imputabitis humanitati. non ego arguo hanc legem, sed dico esse communem.* Idemque Declamat. CCCXIV. *Mihi in argumentum sufficit genus absolutionis: paribus sententiis absolutus est.* Exemplum habemus apud Plutarchum in *C. Mario*, in cujus *Vita*, *pag.* 489. sic legimus. *Veruntamen quanquam primis diebus multum fuisset in judicio Marius jactatus, atque infestis usus judicibus, postremo tamen præter expectationem æquantibus sententiis est absolutus.* Alterum exemplum perpetuæ memoriæ mandavit idem Plutarchus in *Catone Uticensi*, *pag.* 230. ubi agens de causa, sive judicio scelerati scribæ, ita scripsit. *At ille non est damnatus tamen: verum cum una sententia superarent liberatorias damnatoriæ, neque ex collegis Catonis M. Lollius judicio propter adversam valetudinem interesset: ad hunc allegavit Catulus, orans ut reum sublevaret; qui lectica post judicium advectus, liberavit eum sententia sua.* Hæc cum ita sint, si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, ac per consequens contra heredem, qui reus est; pars secundum id, adeoque secundum heredem eundemque reum, sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit, nisi aperte judices inique secundum scriptum heredem pronunciasse apparebit, *l. si pars* 10. *de inof. test.*

VI. Porro aliud est paria esse suffragia ex utraque parte: aliud, diversas sententias: nam si duo judices dati diversas sententias dederunt, recte Modestinus respondit utramque sententiam in pendenti esse donec competens judex unam earum confirmaverit, *l. duo judices* 28. *de re jud. cap. ult. de sent. & re jud.* Recte quidem: nam ut Magistratus exsequitur sententiam judicum a se datorum, *l. a Divo Pio* 15. *de re jud.* ita etiam debet eorundem dissensum dirimere.

VII. Si diversis sententiis condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit, *l. inter pares* 38. *§. si diversis* 1. *de re judic.* ergo & si diversis pœnis. Si ex tribus arbitris, unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent. scribit Julianus quinque præstari, quia in hanc summam omnes consenserunt, *l. diem* 27. *§. si plures* 3. *de recept.* Non idem dici potest de pœnis, veluti si ex tribus judicibus, alius capitis pœnam, alius exilii, alius pecuniariam pronunciaverit: neque enim quis recte dicet, omnes consensisse in minimam, cum pœnæ inter se comparatæ, diversæ contrariæque sint. Sed tamen prævalebit sententia mitior, quæ scilicet irrogat mulctam pecuniariam: quia non sunt plures, qui vel capite, vel exilio plectant, quàm qui pecunia. Certe non prævalet gravior, quæ pronunciavit

vit mollem: hac vero exclusa, nec media; quia exclusa gravi, comparatur media cum minima, cui illa debet succumbere: ideoque minima prævalet favore rei. idem est dicendum, si e judicibus sex, duo mortem, duo exilium, duo mulctam pecuniariam pronunciaverint. idem multo magis, si ex septem judicibus, duo capite, duo exilio, tres pecunia mulctent: quia plures sunt, qui pecunia mulctant, quàm qui vel exilio, vel morte. quid tamen fiet, si tres capite puniant, duo pecunia, duo exilio? Hoc casu gravior sententia, quæ capite punit, cum sit potior numero duabus singulis, magis obtinere debet, non aliter, quam si tres capite damnassent, unus relegatione, unus deportatione, unus pecunia, unus fustibus: quia diversarum sententiarum coitio non est adversus eam, in qua sunt plures idem sentientes, *argum. l. lege Junia Petronia* 24. *§. sed & si* 1. *de manum.*

VIII. Favorabiliores rei potius, quàm actores habentur, *l. favorabiliores* 125. *de div. reg. jur.* Cernitur id in processu judiciario. actor enim & accusator reo edere cogitur; non vicissim, *l. ult. Cod. de edendo.* Dilationes reo & facilius, & plures tribuuntur, quàm actori, seu accusatori, *l. ult. de feriis*, *l. si quando* 2. *Cod. de dilat. l. petendæ* 6. *Cod. de temporib. in integrum restituen. l. ult. si pendente appell.* Actore non probante reus absolvitur, & si ipse nihil præstat, *l. qui accusare* 4. *Cod. de edendo*, *l. si quidem* 9. *Cod. de except.* Reo potius, quàm actori jusjurandum defertur, qui non levis in judiciis favor est, *l. ait Prætor* 3. *de jurejur.* lege Pompeja judiciaria latum fuit, ut ad dicendum accusator duas horas, reus tres haberet, ut refert Asconius Pædianus in argumento *Milonianæ.* In accusatorem absentem facilius gravius statuitur, quam in reum absentem, *l. absentem* 5. *§. in accusatorem* 1. *de pœnis.* qui populari actione convenitur, ad defendendum procuratorem dare potest, *l. qui populari* 5. *de popul. act.* quanquam ibi peculiaris quædam ratio est; quia popularis actio a parte rei sequitur ejus damnum & pecuniam. Contra actor suum jus populo tuetur, non sibi, saltem directe & principaliter, *l.* 1. *de popul. act.* Actio de dolo certo tempore finitur: at non exceptio doli, *l. pene* 5. *§. ult. de doli mali & met. except.* Ignorantia rei justior, quàm actoris; nam plane qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate ejus, quando velit experiri, *l. qui in alterius* 42. *de div. reg. jur. l.* 1. *de edendo*, *l. ult. de feriis*, *l. pure §. ult. de doli except. l. si quando* 2. *Cod. de dilat. l. ult. Cod. si pend. appellat.* Pluribus defensionibus reo uti permittitur: non actori pluribus actionibus, *l. nemo* 43. *de div. reg. jur.* Cui damus actionem, etiam & exceptionem competere multo magis quis dixerit, *l. invitus* 156. *§. cui damus* 1. *de div. reg. jur. l. nec non* 28. *ex quib. caus. major. l. Papinianus* 8. *de inof. test. l. si necessaria* 8. *de pign. act. l.* 1. *de pign.* Si numerus creditorum quinquennales inducias reo concedentium par sit numero negantium, & quantitates etiam sint æquales, ii anteponuntur, qui ad humaniorem declinant sententiam, non cessionem exigentes, sed inducias, *l. ult. Cod. qui bonis cedere possunt.*

possunt. Denique, ut judicem etiam consideremus, qui condemnare potest, multo magis absolvere, *l. nemo* 37. *de diver. reg. jur.*

IX. Quod vero supra diximus, paribus numero sententiis, si dissonæ sint, secundum reum dandam esse litem, *l. si pars* 10. *de inof. test.* in libertate non attenditur: nam cum agitur de ea, non consideratur reusne, an actor quis sit: quia lege Junia Petronia, si dissonantes pares judicum existant sententiæ, pro libertate pronunciari jussum, *l. lege Junia* 24. *de manum.* idque Jure Canonico favore etiam matrimonii constitutum est, *cap. duobus* 26. *de sent. & re jud.* sed si illud debetur legi Juniæ, qua ratione Paulus illud ipsum tribuit Divo Pio, *l.* 38. *de re jud.* cujus verba sic se habent? *Inter pares numero judices, si dissonæ sententiæ proferantur, in liberalibus quidem causis (secundum quod a Divo Pio constitutum est) pro libertate statutum obtinet: in aliis autem causis pro reo: quod & in judiciis publicis obtinere oportet.* Sed observanda sunt illa verba, *pro libertate statutum obtinet.* Quid autem statutum pro libertate, nisi illud quod pro ea statuit lex Junia? sive ea *Patronia* nominetur, ut in Pandectis Florentinis, sive ut in aliis *Petronia.* Ad libertatis autem favorem pertinet quod Paulus scripsit, *Lib. IV. Sentent. tit.* 12. *de manumissionibus* in hanc sententiam: *Communem servum unus ex sociis vinciendo futuræ libertati non nocebit: inter pares enim sententias clementior severiori præfertur. Et certe humanæ rationis est favere miserioribus, & prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronunciare non possumus.*

X. Hæc de reorum favore indicasse sufficiat. Sunt aliæ leges de possessorum favore speciales quidem. nam in eo quod vel is qui petit, vel is a quo petitur, lucrifacturus est, durior est causa petitoris, *l. in eo* 33. *de div. reg. jur.* veluti si ex causa donationis duo dominium rei vindicent, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem convenit, *l. penult. Cod. Greg. de rei vind. l. quoties* 15. *Cod. de rei vind.*

VALENS Libro quinto Fideicommissorum. *in l. Arrianus Severus* 42. *de jure Fisci.*

Arrianus Severus præfectus ærarii, cum ejus qui tacitè rogatus fuerat non capienti fideicommissum reddere, bona publicata erant: pronuntiavit, nihilominus jus deferendi ex constitutione Divi Trajani habere eum, cui fideicommissum erat relictum.

§. 1. Quia autem nonnulli ingrati adversus beneficium Divi Trajani post professionem quoque de tacito fideicommisso factam cum possessoribus transigunt, atque tribus edictis evocati non respondent: placuit senatui, tantum ab eo qui id fecisset, exigi, quantum apud ærarium ex ea causa quam detulerat, remanere oporteret, si professionem suam implesset. & si possessoris quoque fraus apud præfectum convicta fuisset, ab eo quoque quod convictus inferre debuisset, exigi.

COM-

COMMENTARIUS.

§ I. Edicto Divi Trajani constitutum fuit, ut quicumque professus fuerit, antequam causa ejus ad ærarium deferatur, rem, quam possideret, capere sibi non licere, ex ea partem Fisco inferret, partem ipse restitueret, *l. Edicto* 13. *in princ. de Jure Fisci.* Ait Trajanus, *Quicumque professus fuerit. Quicumque* accipere debemus, tam masculum, quàm feminam: nam feminis quoque, quamvis delationibus prohibentur; tamen ex beneficio Trajani deferre se permissum est. Nec non illud non intererit, cujus ætatis sit is, qui se defert, utrum justæ, an pupillaris: nam pupillis etiam permittitur deferre se ex quibus non capiunt, *l. ait* 16. *de Jure Fisci.* Ulpianus autem justam ætatem intelligit non solum viginti quinque annorum, ut sæpe aliàs, cum pupillari opponitur; sed pubertatem etiam, ut Servius apud Neratium, *l. quod Servius* 8. *de condic. caus. dat. caus. non secu.* Omnibus igitur tam feminis, quàm masculis; & tam impuberibus, quàm puberibus, & majoribus viginti quinque annis Trajanus concessit hoc beneficium modo ipsi se deferrent.

II. Addit Imperator: *Antequam causa ejus ad ærarium deferatur*: nam alio prius deferente, nihil consequitur qui defert se. Sed quando alter prævenire potest profitentem? Sane eo solo casu, quo res ad Fiscum jam pertinet. Quamobrem cum ante apertum testamentum, tacitum fideicommissum nunciatum esset ab his qui fidem tacitam susceperunt, deinde post apertas (tabulas) a fideicommissario delatum esset; Divus Antoninus recipi professionem ejus jussit: neque enim dignam esse præmio (ajebat) tam præcipitem festinationem prioris: & cum quis se nunciet non capere, potius confiteri de suo jure, quàm aliud deferre videtur, *l. Edicto* 13. *§. cum ante* 7. *de Jure Fisci.* Porro Trajanus meminit ærarii, quia ad illud pertinebant caduca, & vacantia ab Augusto inventa, cujus scopus in *l. Papia* fuit incitare cœlibum pœnas, & augere ærarium, teste Tacito *Annal. Lib. III. cap.* 25. Idem intenderunt sequentes *Principes*: & de Trajano Plinius refert *epist.* 16. *Lib. II. & epist.* 12. *Lib. VI.* primusque Antoninus Caracalla videtur ea bona Fisco adjunxisse, ut colligitur ex Ulpiano, *tit.* 17. *de caducis §. hodie* 2.

III. Ait præterea Trajanus: *Professus fuerit eam rem, quam possideret.* Quid si nondum possideret: ad Fiscum vero ea jam pertinerent? Jam ante dixi, nihilominus partem dimidiam laturum deferentem se ex eo quod ad Fiscum pertineret, *dicta l. Edicto* 13. *§.* 1. *de jure Fisci*, cujus hæc sunt verba. *Idemque* (Trajanus) *postea* (hoc est, posteriori Edicto) *significavit, ut quæcumque professa* (videtur legendum esse, *quicumque professus*) *esset, vel palam, vel tacite relictum sibi, quod capere non posset, & probasset jam id ad Fiscum pertinere: etiamsi id non possideret, ex eo quod redactum esset a*

Præfecto

Præfecto Ærario partem dimidiam ferat. Feret autem postquam in ærarium totum collectum fuerit: nam Senatus Hadriani tempore censuit, cum quis se ad ærarium detulerit, quod capere non potuerit, ut totum in ærarium colligatur: & ex eo pars dimidia sibi secundum beneficium Divi Trajani restituatur, *l. Senatus* 15. *§. Senatus* 3. *de Jure Fisci.* Hæc autem dimidia debet esse ejus, quod restituitur incapaci, nulla ratione habita eorum, quæ quis restituere noluit, neque debuit. Itaque cum tacitum fideicommissum is, cui datum erat, capere se nihil posse detulisset, in quæstionem venit, dodrantis, an totius assis partem dimidiam ex beneficio Divi Trajani recipere debeat? De qua re extat rescriptum Imperatoris Antonini in hæc verba. *Imperator Antoninus Julio Rufo. Qui tacitam fidem accommodavit, ut non capienti restitueret hereditatem: si deducta parte quarta restituit, nihil retinere debet: quadrans autem qui heredi imponitur ipsius, eripiatur, & ad Fiscum transferatur: unde dodrantis semissem solum capit, qui se detulit, l. cum tacitum* 49. *de Jure Fisci.*

IV. Quia autem nonnulli ingrati adversus beneficium Divi Trajani, post professionem quoque de tacito fideicommisso factam, cum possessoribus transigunt (ne sibi integra portio restituatur, sed relicti pars, ut minus perveniat ad Fiscum, & ex transactione plus ad se) atque tribus Edictis evocati, non respondent; placuit Senatui tantum ab eo qui id fecisset, exigi, quantum apud ærarium ex ea causa, quam detulerat, remanere oportet, si professionem suam implesset, & si possessoris quoque fraus apud Præfectum ærarii convicta fuisset, ab eo quoque, quod convictus inferri debuisset, exigi, *nostra l. Arrianus* 42. *§.* 1. *de jure Fisci*, *l. ex quibus* 3. *§. Senatus* 3. *l. Senatus* 15. *§. quod si* 4. *ejusd. tit.*

V. Nihil autem interest, quæ causa impediat jus capiendi, *l. Edicto* 13. *§. nihil* 2. *de jure Fisci.* Id autem deferri debet, quod latet, non id quod Fisci est, *dicta l.* 13. *§. id autem* 3. Latet autem quod tacite alicujus fidei commissum est. Nam si quid expresse relictum fuerit incapaci, manifesto pertinet ad Fiscum. & sciri debet cum tabulæ aperiendæ sint. Si quid vero tacite relinquitur, in eum finem ita relinquitur, ut fraus legi fiat.

VI. Hinc quæsitum est, quid sit tacite relinquere. Idque optime declaravit Julianus, *l. in tacitis* 103. *de legat.* 1. per hæc verba. *In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur quotiens quis neque testamento, neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione, vel chirographo obligaret se ad præstandum fideicommissum ei, qui capere non potest.* Cum quis tacitam fidem interponebat, ut non capienti restitueret, prædonis loco intelligebatur, *l. prædonis* 46. *de her. petit.* Ratio est, quia deficit titulus deficiente voluntate testatoris ad retentionem. Ideo omne emolumentum aufertur, & Fisco præstatur, etiam usurarum, *l. cum quidam* 17. *§. in tacito* 2. *de usur.* Tacita igitur fideicommissa frequenter sic deteguntur, si proferatur chirographum, quo se cavisset cujus fides eligitur, quod ad eum ex bonis defuncti per-

 venerit,

venerit, restituturum. Sed & ex aliis probationibus manifestissimis idem fit, *l. non intelligitur* 3. *§. tacitum* 3. *de jur. Fisci.* Finge enim in testamento ita scriptum esse. *Gajo Sejo illud & illud heres meus dato; & te rogo, Sei, fideique tuæ mando, unica omnia quæ supra scripta sunt, reddas sine ulla mora, & reddes ipse.* Hæc verba talia sunt, ut neque capacem, neque incapacem demonstrarent, cum incertum sit, quis ille sit, cui restitui voluit testator. Quare videndum est, an liquere possit quis sit, & expectandum, an legi fraus facta fuerit, nec ne, *l. Lucius Titius* 123. *§. in testamento* 1. *de legat.* 1. Similis est species *l. non intelligitur* 3. *in princ. de jure Fisci.* Si quis palam rogatus (demonstrata scilicet persona incapaci, cui testator restitui voluit) *& tacite esset* (per domesticam scilicet cautionem, & chirographum, ut in *l. in tacitis* 103. *de legat.* 1. *dicta l. non intelligitur* 3. *de jure Fisci*) *agitabatur* (inter Jurisconsultos) quid magis prævaleret; utrum id ipsum noceret, quod tacite rogatus esset: an prodesset, quod palam petitum esset: & Divus Hadrianus rescripsit, in eo quod cujusque fidei palam commissum est, non esse existimandum fidem suam in fraudem legis accommodasse, *dicta l. non intelligitur* 3. *§ si quis* 1. *de Jure Fisci.*

VII. Quando autem fraus interposita videatur, agendum est, id est, utrum exitus spectari deberet, an consilium? Forte si tunc, cum tacite fideicommittebatur, non capiebat is, cui restitui jubebatur: mortis vero tempore capere poterat, vel contra? Et placuit exitum esse spectandum, *l. non intelligitur* 3. *§. quando autem* 2. *de Jure Fisci.*

VIII. Cum ex causa taciti fideicommissi bona ad Fiscum pertinent, omnia quæ in testamento utiliter data sunt, valent, & ita Divus Pius rescripsit, *dicta l. non intelligitur* 3. *§. cum ex causa* 4. *de jure Fisci*, veluti libertates, & legata, *l. dicitur* 14. *ejusd. tit. l. cum Fisco* 9. *ad S. C. Sillan.*

IX. Ille casus singularis expendendus est, quid dicendum sit, si bona ejus qui rogatus fuerat, non capienti fideicommissum reddere, publicata erant, quo tempore is se detulit; num & fideicommissarius in hoc casu ad delationem, & ad partem etiam veniet? Arrianus Severus Præfectus Ærarii pronunciavit, nihilominus jus deferendi ex Constitutione Divi Trajani habere eum, cui fideicommissum erat relictum, ut Valens docuit *hac nostra lege.* Ergo & partem dimidiam obtinebit.

X. Sed quam actionem habebit Fiscus ex tacito fideicommisso? Antoninus Caracalla rescripsit, in rem, teste Ulpiano, *l. Imperator* 43. *de Jure Fisci.*

XI. Huc usque disputavimus de eo, qui se ipsum detulit. Ad heredes ejus, qui se detulerat, non videbatur præmium partis dimidiæ transire tanquam ex privilegio concessum: sed Divus Hadrianus rescripsit, ut licet ante decessisset is qui se detulerat, antequam id quod detulerat, Fisco addiceretur, heredi ejus præmium daretur, *l. Edicto* 13. *§. ad heredes* 4. *de jure Fisci.* Extat ejusdem Hadriani Epistola, ut si is, qui se deferre poterat, morte

morte præventus fuerit, heres ejus, si se detulerit, præmium consequatur: si tamen, inquit, liquebit defunctum ejus animi fuisse, ut se vellet deferre: si vero idcirco dissimulaverit, dum rem occultari sperat, heredem ejus ultra vulgare præmium nihil consecuturum, *dicta l. Edicto* 13. §. *extat* 5. *de jure Fisci.* Præmium vulgare Hadrianus intelligit quartam partem, unde Delatores dicti *Quadruplatores.* Asconius Pædianus in *Ciceronis Divinat. & in IV. contra Verrem*, Tacitus *Annal. Lib. IV. cap.* 20. Paulus apud Festum, in *v. quadruplatores.* Item Divi Fratres rescripserunt, heredes eorum, quibus tacitum fideicommissum relictum est, ita demum ex beneficio Trajani deferre se posse: si is cui datum fuerat, morte præventus esset, & ideo per angustias temporis deferre se non potuerit, *dicta l. Edicto* 13. §. *item* 6. *de jure Fisci.*

XII. Ad eos beneficium Trajani pertinet, qui ex defuncti voluntate relictum sibi capere non possunt: ergo nec illud quod servo meo relictum est, deferre potero, *dicta l. Edictum* 13. §. *ad eos* 8. Nam quamvis cum servo legatur, domini persona inspicitur ut sit cum eo testamenti factio: tamen ex persona servi consistit legatum, non ex persona domini, *l. debitor* 82. §. *servo alieno* 2. *de legat.* 2. ideoque æquum est, vel saltem non est iniquum, ut ille ex cujus persona legatum consistit, & deferre se possit, & delationis præmium nanciscatur.

XIII. Præterea docet Paulus, eos, qui quasi indigni repelluntur, submovendos esse ab hujusmodi præmio; id est, eos qui de inofficioso egerunt, *dicta l. Edicto* 13. §. *eos* 9. *de jure Fisci*, *l. Papinianus* 8. §. *meminisse* 14. *de inof. test.* vel falsum dixerunt testamentum, qui usque ad finem litis oppugnaverunt testamentum, *dicta l. Edicto* 13. §. *eos* 9. *de jure Fisci.*

XIV. Ei qui per errorem se detulit, cum capere solidum posset, non nocere hoc Divus Hadrianus, & Divus Pius, & Fratres rescripserunt, *dicta l. Edicto* 13. §. *ult. de Jure Fisci.* Unde Callistratus scripsit, complura esse rescripta Principalia, quibus cavetur, non obesse errorem cuiquam, quod ignarus juris sui ipse se detulerit, *l. ex quibusdam* 2. §. *ult. de Jure Fisci.* Et duriusculum videtur, quod ibidem addit Callistratus in hanc sententiam. *Sed extat eorundem Principum Rescriptum, ex quo videtur posse defendi, ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quæ ignorare propter rusticitatem, vel propter sexum femininum jus suum possit.* Nam finge deferentem se non esse rusticum; finge virum, non feminam esse: potuit prudenter falli. Num hoc casu delinquet, qui contra Fiscum responderit? Modestinus fortasse putaret non delinquere, *l. non puto* 10. *de Jure Fisci.* Quare Callistratum intellige de eo casu, quo sciens verum, se detulit, in quo donare voluisse credendus est.

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
CELSUS PATER:
SIVE AD
JUVENTII CELSI SENIORIS FRAGMENTA COMMENTARII.

DE CELSO, PATRE, JURISCONSULTO.

DIFFICILE est ſcribere de Celſo patre, de quo nobis pauca ſuperſunt. Pomponius, *l. neceſſarium 2. §. ult. de orig jur.* ait, Pegaſo Celſum, patri Celſo Celſum filium, & Priſcum Neratium ſucceſſiſſe. Pegaſus Proculianus fuit, temporibus Veſpaſiani Præfectus Urbi, ut idem Pomponius docet. Idcirco P. Juventius Celſus Celſi filius, *l.* 20. *de legat.* 2. ait, Proculi placitum ſe a patre accepiſſe. Reſponſa dediſſe Celſum patrem refert Neratius Priſcus, *l. & Ariſtoni 39. mandati*, ubi Ariſtonem, & Celſum patrem ſimul laudavit. Ariſto C. Caſſium audivit Pegaſi æmulum, *l. arbiter 40. de receptis*, & Trajani ætatem etiam illuſtravit, *l. ult. ſi a patre quis manum.* adjuncto Plinio, *Lib. I. epiſt.* 22. *& Lib. V. epiſt.* 3. Ideo Ariſto & Neratius amici fuerunt, & alter alterum viciſſim conſuluit: Neratius Ariſtonem paullo antiquiorem, *l. Ariſto 3 quæ res pign. vel hypoth. dat. oblig. non poſſ.* & Ariſto, Neratium, *l. ſed addes 19. §. illud 2. loc. cond.* Ideoque Celſum, qui Ariſto-

Aristonem consuluit, existimo fuisse Celsum filium, *l. juris gentium* 7. *§. sed & si* 2. *de pactis. l. statu liberi* 29. *§. Quintus Mucius* 1. *de statu liberis*, qui P. Juventius Celsus, sive Celsus junior sub Hadriano Consul fuit secundum cum Q. Julio Balbo a. u. c. DCCCLXXXII. Æræ Christianæ CXXIX. quo suffecti fuerunt Titus Aufidius, & Œnus Severianus, ut constat ex *l. item* 20. *§. præter hæc* 6. *de her. pet.* & C. Neratius Marcellus, ut constat ex *l. ult. de servis republ. manum.* & ex laterculo apud Muratorium in *Novo Thes. veter. inscript. pag. CCCXXIII. nu.* 8. Cum eo igitur anno Celsus junior fuerit Consul secundum, & nesciamus, quo anno fuerit primum, necesse est, ut patris sui discipulus esse cœperit ante annos triginta, aut circiter, si legis annalis meminerimus, quæ Consulem neminem esse sinebat ante annum quadragesimum tertium. Floruit igitur Celsus pater sub Vespasianis, Domitiano, & Nerva, potuitque attingere Trajani imperium. Celsus filius in *l.* 29. *de legat.* 2. ait, *patrem suum referre, cum esset in Consilio Duceni Veri Consulis itum in sententiam suam: ut cum Otacilius Catulus, filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset, petiissetque ab eo, ut ea concubinæ ipsius daret, & libertus, vivo testatore decessisset, & quod ei relictum erat, apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinæ reddere.* Interpretes anxie quærunt, quis fuerit ille Consul Ducenus Verus, Jo. Gottl. Heineccius vult esse Decennium Geminum, qui a. u. c. DCCCX. Æræ Christianæ LVII. cum Pompejo Paullino suffectus fuit Neroni Claudio Imp. Aug. secundum, & L. Calpurnio Pisoni. Sed Decennium illum non legimus appellatum fuisse Verum. Ab. Wielingius in *Jurisprudentia Restituta*, *pag.* 351. & in *Auctuario*, *pag.* 194. conjectari voluit, fuisse L. Cejonium Commodum Verum, qui a. u. c. DCCCLVIII. Æræ Christianæ CVI. Consul fuit cum L. Tutio Cereali. Sed si ita esset, inter macrobios Celsus referretur: quod silentio traditum non esset. Longius a veritate recedit, fuisse M. Annium Verum, qui Consul fuit cum L. Augure, A. ab u. c. DCCCLXXIV. Æræ Christianæ CXXI. Et multo minus verisimile esset, quod tanquam dubium proposuit Ant. Augustinus in libro *De Nominibus Pandectarum*, potuisse esse C. Juventium Verum, qui cum Ser. Serviano tertium Consul fuit sub Hadriano Imp. A. u. c. DCCCLXXXVII. Æræ Christianæ CXXXIV. Certe Ducenii nomen non est insolens, ut apparet ex inscriptione apud Gruterum, *pag. XXXII. num.* 5. ubi legitur C. Ducenius C. Lib. Phœbus; & Duceniæ Hemoneæ fit mentio apud Muratorium, *pag MCCCXXXVIII. nu.* 2. Potuit igitur Ducenus, sive Ducenius Verus fuisse aliquis Consul suffectus, cujus memoria non extet nisi in *l. puer* 29. *de legat.* 2.

ULPIANUS Libro vicesimo sexto ad Edictum. in l. dedi tibi 3. §. sed si servus 7. de condict. causa data causa non secuta.

Sed si servus qui testamento heredi jussus erat decem dare, & liber esse, codicillis purè libertatem accepit, & id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? & refert patrem suum Celsum existimasse, repetere eum non posse. sed ipse Celsus naturali æquitate motus putat repeti posse. quæ sententia verior est. quamquam constet, ut & ipse ait, eum qui dedit ea spe, quòd se ab eo qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

COMMENTARIUS.

I. Putabat quis, se statu liberum esse, & revera erat, sed non sub ea conditione, quam ipse credebat sibi impositam fuisse, puta, *si mihi decem dederit*, sed in diem verbi gratia, *l. 1. de statu lib.* Cum in ea esset opinione, quasi statu liber, id est, tanquam ille qui sub ea conditione liber esse jussus esset, mihi decem dedit; cum re vera, ut diximus, decem mihi dare jussus non fuisset. quæritur an condicere possit, & condicere eum decem Celsus scribit, *§. si quis 6. nostræ legis.* Celsus, inquam, filius, & merito, quia per errorem dedit indebitum ob certam causam libertatem scilicet apiscendam, quæ quia dedit, non fuit secuta, sed quia alias competebat, forte quia dies libertatis venit, *toto tit. de cond. caus. dat. causa non sec.* Hic casus similis est ei, quem Ulpianus exposuerat *§. præcedenti*, quique sic se habet. Liber homo bona fide serviebat mihi, & cum liber esse vellet, mihi pecuniam dedit, ut eum manumitterem: pecuniam accepi, & manumisi. Postea compertum fuit, liberum eum fuisse, ac proinde non servum, sed in servitute fuisse. quæsitum fuit, an mihi, id est, a me, condicere possit. Et Julianus *Lib. XI.* Digestorum scribit, competere manumisso repetitionem. Comprobat hoc Ulpianus elegantissimo exemplo, ait enim. *Neratius etiam libro Membranarum refert, Paridem Pantomimum a Domitia Neronis filia, decem quæ ei pro libertate dederat, repetisse per judicem: nec fuisse quæsitum, an Domitia sciens liberum accepisset.* quod postremum ideo addidit Neratius, ut intelligamus, adeo certum esse in proposita specie repetitioni locum esse, ut ea non modo locum habeat, si sciens quis aliquem esse liberum, ab eo tanquam statu libero acceperit; sed & si ignorans acceperit. Et propterea necesse non fuit quærere an Domitia sciens, Paridem esse liberum, an vero ignorans accepisset decem; quia in utroque casu, Paris decem dedit in pretium libertatis; sive, quod idem est, ut manumitteretur: quæ manumissio secuta non fuit, utpote manumissio est, de manu

Digitized by Google

manu missio, id est, datio libertatis, *l. manumissiones 4. de just. & jur.* Paris autem, cum esset liber, in Domitiæ manu non erat: & hæc ei libertatem quam habebat, dare non potuit: tantum de facto manumittere potuit. quod re vera non est manumittere. Illud adnotandum est, Domitiam, non fuisse Neronis filiam, sed amitam, ut constat ex Tacito *Annal. Lib. XIII. cap.* 19. & 27. quare recte monuit Antonius Augustinus in *Notis ad Nomina propria τοῦ Πανδεκτου, pag.* 5. vocem illam, *filia*, obelo notandam. Et merito: nam priore loco Tacitus Paridem histrionem vocavit libertum Domitiæ Neronis amitæ: & in posteriore ita scripsit. *Nec multo post ereptus amitæ* (Domitiæ) *libertus Paris, quasi jure civili, non sine infamia principis, cujus jussu perpetratum ingenuitatis judicium erat.* quod præclare concordat cum eo quod Neratius apud Ulpianum refert, Paridem Pantomimum a Domitia Neronis decem, quæ ei pro libertate dederat, repetisse *per judicem*. Confer illa Taciti verba *quasi jure civili*, cum his Neratii, *per judicem*, ut simulatum judicium agnoscas jussu Neronis perpetratum, ut Paris Neroni ob libidines gratus, teste ipsomet Tacito *eodem Lib. cap.* 22. ingenuus crederetur. cui vero dedit Paris summam in libertatis conditione positus, nisi dominæ suæ Domitiæ, quæ bis a Tacito dicitur Neronis amita?

II. Huc usque proposuimus duas species, alteram de re vera servo; alteram de homine libero bona fide serviente; & in utraque diximus locum esse condictioni causa data, causa non secuta. Cum autem locuti fuerimus de servo, qui dederit quod dare jussus non fuerit; videamus de servo, qui dare jussus fuerit: & quæramus casum, in quo etiam sit locus repetitioni. Fingamus ita. Stichus testamento heredi jussus erat *decem dare, & liber esse*: quo factum fuit, ut libertas sub conditione *decem dandi heredi*, Sticho relicta fuerit. Postea Stichus codicillis pure libertatem accepit. cum autem Stichus libertatem sibi pure relictam ignoraret, heredi decem dedit: quæsitum fuit an repetere posset. Et Celsus refert Patrem suum existimasse, repetere eum non posse. Proculdubio ducebatur illa ratione, quia dedit vi testamenti, sive ex dispositione testatoris causa adipiscendæ libertatis, quam re vera Stichus adeptus fuit. Sed tamen Celsus filius, naturali æquitate motus putavit, repeti posse: quam sententiam ut veriorem laudat Ulpianus, & simul ex ejusdem Celsi sententia objectionem, quæ opponi poterat, negligit. Objectio vero sic se habet. Is qui falsa opinione deceptus dedit alicui ea spe, quod se ab eo qui acceperit, remunerari (id est, remunerandum) existimaret, vel amiciorem sibi esse futurum; repetere non potest: ergo is qui decem dedit heredi ea spe ut libertatem adipisceretur, quam re vera adeptus est, licet opinione falsa deceptus dederit, repetere non potest. Differentiæ rationem, neque Celsus, neque Ulpianus dederunt: mihi tamen hæc videtur esse, qui remunerationis, vel amicitiæ majoris spe alicui dat, licet falsa opinione deceptus det, donationis causa dat, etenim donari videtur quod nullo jure cogente conceditur, *l. donari 29. de donat.*

quæ

quæ repetita eſt, *l. donari* 83. *de reg. jur.* Valet hic illa juris regula, cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt, *l. cujus* 53. *de div. reg. jur.* Dedit quis per errorem; ſed error non erat cauſa debendi, in qua debet eſſe, ut ſit locus repetitioni; ſed erat in ſpe, quæ dantem fefellit: ac proinde conſulto dedit. & quia ita dedit, repetere nequit; quia indebitum ſolutum ſciens non recte repetit, *l. indebitum* 9. *Cod. de condic. indeb.* At vero, qui teſtamento juſſus fuerat decem heredi dare, ignorans codicillis pure accepiſſe libertatem, dedit heredi conditionis implendæ cauſa, quæ nulla erat: dedit, quia ſe juſſum putabat, cum re vera juſſus non eſſet: uno verbo, dedit ob cauſam libertatis, quæ non ex datione, ſed ex mera voluntate teſtatoris ſecuta eſt, ac proinde poteſt condicere ob cauſam dati, cauſa non ſecuta.

NERATIUS Libro ſeptimo Membranarum. in l. & Ariſtoni 39. mandati, vel contra.

Et Ariſtoni & Celſo patri placuit, poſſe rem hac conditione deponi, mandatumque ſuſcipi, ut res periculo ejus ſit, qui depoſitum, vel mandatum ſuſcepit. quod &, mihi verum eſſe videtur.

COMMENTARIUS.

I. Quinque ſunt, de quorum præſtatione dubitari poteſt in contractibus, dolus malus, culpa lata, levis, & leviſſima, & caſus fortuitus.

II. Dolus malus, ut Servius Sulpicius eum definivit, eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, *l.* 1. *§. dolum* 2. *de dolo malo.*

III. Culpa in univerſum eſt factum vel omiſſum inconſultum, propter quod alteri damnum injuria datum eſt. Dixi, *factum*, vel *omiſſum*; quia non ſolum culpa eſt facere quæ prohibentur; verum etiam non facere, ſive negligere, quæ fieri deberent, quod poſterius culpæ genus deſidia ac negligentia fere dicitur, *l. ſocius* 72. *pro ſocio*, *l. ſi ſervum* 91. *de verb. oblig. l. magna* 226. *de verb. ſign. §. ult. Inſt. de ſociet.* Addidi, *inconſultum*, ut factum illud, ſive omiſſum, diſtinguatur, tum a dolo, tum a caſu fortuito. A dolo, quia dolus non eſt ſine conſilio & propoſito nocendi; Culpa vero tale conſilium, & propoſitum nullo modo recipit. A caſu fortuito, quia culpa diligenti conſilio caveri poteſt: caſus vero fortuiti, prout ſunt damna fatalia, nec conſilio ſe regi patiuntur, nec infirmitate humana arceri poſſunt. Addidi denique, *injuria*; quia quod legitime factum eſt, nullam pœnam meretur, *l. Gracchus* 4. *Cod. ad l. Jul. de adult.*

IV. Culpæ tres ſunt ſpecies, aut potius tres gradus, videlicet, culpa lata, culpa levis, culpa leviſſima. Unicuique culpæ ſua opponitur diligentia, quæ

quæ pro diversitate graduum in quibus sita est, diversa nomina sortitur. Infima diligentia, sive minima opponitur culpæ latæ: media seu exacta, quæ appellatur etiam, *custodia §. quæ de fullone 16. & seq. de obl. quæ ex del. nasc.* opponitur culpæ levi: maxima diligentia, seu exactissima, quæ dicitur diligens custodia, *l. ut certo 5. §. custodiam 5. commodati, & diligentia*, simpliciter, *l. contractus 23. de div. reg. jur.* opponitur culpæ levissimæ. Lata culpa est nimia negligentia, *l. cedere 123. de verb. sign.* Atque est nimia negligentia omissio minimæ diligentiæ: omissio autem minimæ diligentiæ ex duabus rebus æstimari oportet: aut ex hominum captu communi, si quis obtendat ignorantiam rei, quam omnes homines communi sensu præditi intelligunt, *dicta l. cedere 213 §. ult. l. latæ culpæ 223. de verb. sign.* aut ex captu privato ejus, de cujus culpa quæritur, si non eandem diligentiam rebus alienis fidei suæ commissis adhibeat, quam suis ipse rebus adhibere solet, *l. quod Nerva 32. depositi.* Et hæc culpa, magna negligentia dicitur, *l. magna 226. de verb. sign.* dissoluta negligentia, *l. si fidejussor 29. mand.* culpa latior, *l. quod Nerva 32. depositi.* Et per periphrasim culpa dolo proxima, *l. mulier 27. §. sed enim 3. ad S. C. Trebell. l. quæsitum 8. §. eum 3. de precar.* Et quia dolo proxima est, effectu juris dolus est. adeoque dixit Paulus: *magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est*, *l. magna negligentia 226. de verb. sign.* Et ante Paulum, dicere solitus Nerva, *latiorem culpam dolum esse.* quod licet Proculo displicuerit; Celso tamen verissimum visum fuit. nam si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est: nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam præstabit, *l. quod Nerva 32. depositi.* Latæ culpæ exemplum est, si quis noctu ædium ostia, aut fenestras, per quas de plano intrari possit, apertas reliquerit.

V. Lata culpa est omissio mediæ diligentiæ, ejus, inquam, quam vulgo homines frugi rebus suis adhiberi solent, *l. si cum venderet 13. §. venit 1. & l. seq. de pign. act. l. mulier 22. §. sed enim 3. ad S. C. Trebell.* Hæc species culpæ significatur in jure nostro, quoties simpliciter culpa dicitur, vel cum culpa dolo malo opponitur, *l. contractus 23. de div. reg. jur. l. ut certo 5. §. nunc videndum 2. commod.* quia lata culpa, ut diximus, pro dolo habetur, dicta *l. quod Nerva 32. depositi*, *l. magna negligentia 226. de verb. sign.* Levissima vero vix culpa est, & proxime accedit ad casum fortuitum. levis culpæ exemplum est, si quis altiores domus suæ fenestras non clauserit, per quas admotis scalis fures intraverint.

VI. Denique culpa levissima, cujus mentionem fecit Ulpianus *l. in lege 44. ad leg. Aquil.* est omissio ejus summæ diligentiæ, quam diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet, *l. socius 72. pro socio*, *l. si merces 25. §. qui columnam 7. locati.* Ille igitur qui hanc culpam præstat, noxæ excusatur, quantumcumque fuerit diligens, si alius diligentior majore cura adhibi-

adhibita, damnum de quo agitur, evitare potuerit, *l. in rebus 18. commod. l. 1. §. is quoque 5. de oblig. & act. l. custodiam 3. de peric. & com. rei vend.* Hujus culpæ exemplum est, si quis fenestras altiores, & remotiores a locis, in quibus dormit familia, clauserit quidem solito more; sed non muniverit clathris, aut perticis ferreis. Hæc distinctio variorum culpæ graduum est magis facti, quàm juris: ideoque difficilis admodum est ejus rei definitio: neque potest ulla constitutione, aut juris auctorum quæstione decidi, sicut dicitur de mora propter eandem causam, *l. mora 32. de usur.*

VII. Superest explicatio casus fortuiti, qui est eventus, cui humana infirmitas resistere non potest, *l. in rebus 18. commod. l. ex conducto 15. §. si vis 2. locati, l. 1. §. & ille 4. de oblig. & act.* Dicitur *fortuitus*, quia plerumque prævideri non potest, *l. quæ fortuitis 6. Cod. de pign. act.* & quia licet prævideatur, evitari nequit. Dicitur *vis major, vis divina, fatum, damnum fatale, detrimentum fatale, fatalitas, l. si merces 25. §. vis major 6. l. si fundus 33. in fine locati, l. verum 11. §. si locupleti 5. de minor. vigin. quin. an. l. si ut certo 5. §. quod vero 4. commod. l. 1. §. & ille quidem 4. de oblig. & act. l. fluminum 24. §. Servius 4. de damno infecto, l. & ita 3. §.* ait *Prætor 1. nautæ caup. stab. l. fundum 3. de instr. vel instr. legat. l. 1. Cod. de jur. emphyt. l. cum duobus 52. §. damna 3. pro soc.* Plerumque appellatur *periculi* nomine, *l. si ut certo 5. §. nunc videndum 2. §. si me rogaveris 13. §. si de me 14. l. eum 10. §. si rem 1. commod.*

VIII. His præmissis, quinque Juris regulæ circa has quinque præstationes observandæ sunt. Præstationes intelligo solutiones damni, quod alicui contingit, ob alterius dolum, aut culpam, vel ob casum fortuitum. Nemo brevius, & elegantius has præstationes declaravit, quàm Ulpianus in *l. contractus 23. de div. reg. jur.* cujus verba, in hac intricatissima quæstione, tanquam filum quoddam Ariadnæum sequemur.

IX. *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt: quidam & dolum, & culpam.* Memoria tene, culpam dolo proximam pro dolo haberi; culpæ autem nomine culpam levem venire. Sensus igitur Ulpiani hic est. Contractus quidam dolum malum, culpamque dolo proximam dumtaxat recipiunt: quidam & dolum, & culpam; id est, non solum dolum, culpamque dolo proximam; sed levem etiam. *Dolum tantum*, id est, dolum, & culpam, quæ pro dolo habetur, *tantum* (recipiunt) *depositum, & precarium : dolum & culpam* (id est, dolum, culpam dolo proximam, & levem) *mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum: item dotis datio, tutelæ, negotia gesta. In his quidem* (in dotis, inquit, datione, sive restitutione, tutela, negotiis gestis) *& diligentiam requirimus*, summam scilicet. *Societas, & rerum communio, & dolum, & culpam recipit*, id est, non solum dolum, latamque culpam, verum etiam levem.

X. Ali-

X. Aliter hæc declaremus. Si de doli præstatione quæstio incidat, facilis est præceptio. Dolum malum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem est, in omni contractu dolus præstatur, *l. si ut certo* 5. *§. nunc videndum* 2. *commod. l. si cum venderet* 13. *§. venit* 1. *de pign. act. d. l. contractus* 23. *de div. reg. jur.* Hujus definitionis hæc est sententia. Quidquid quovis in contractu dolo malo factum est a debitore, quo res periret, aut deperderetur, detrimentum ejus est: & perinde is tenetur, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec ulla conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus *futurus* præstetur: utpote quæ turpis sit, & abhorrens a bonis omnibus, *d. l. contractus* 23. *de div. reg. jur. l. si &* 27. *§. pacta* 4. *de pact. l.* 1. *§. illud* 7. *depositi. futurus*, inquam: nam de dolo præterito pacisci licet, & actionem quæsitam remittere, *l. juris gentium* 7. *§. si paciscar* 14. *de pactis.* Quamvis autem nulla pactione effici possit, ne dolus præstetur; tamen si quis paciscatur, ne depositi agat, licet vi ipsa id pactum videatur, ne de dolo agat; tamen pactum proderit, *l. si unus* 27. *§. illud* 3. *de pact.* Ratio est, quia hujusmodi pactum honestum est in se. Ex superiore autem regula, qua diximus, dolum malum in omnibus contractibus præstari, facile colligitur etiam culpam latam, quia dolo æquiparatur, *l. quod Nerva* 32. *depositi.* Aliud tamen dicendum est in criminibus, *l. in lege* 7. *ad leg. Corn. de sicar.*

XI. Habemus regulam de doli & culpæ latæ præstatione. si vero incidat quæstio de præstatione culpæ latæ, levis, ac levissimæ; utilitatis ratione, quæ triplici modo considerari potest, tres regulæ statuendæ sunt. Prima hæc est: in illis contractibus, in quibus omnis utilitas est ex parte dantis, nulla ex parte accipientis, cujusmodi est depositum, solum tenetur accipiens adhibere diligentiam minimam: & solum debet præstare latam culpam, quæ pro dolo habetur: hoc est, resarcire omne damnum ex lata culpa emergens, *l. si ut certo* 5. *§. nunc videndum* 2. *commod.* Nititur hæc regula hac æquitatis ratione, quòd rem alienam accipientis nullum debet esse periculum, ubi nullum est ejus emolumentum, *argum. l.* 10. *de div. reg. jur.* cui accedit, nemini officium suum debere esse damnosum, *l. si servus* 61. *§. quod vero* 5. *de furt.* Interdum ejusdem generis est. & commodatum, nempe si proponas eum qui commodat, sua dumtaxat causa commodare, sponsæ forte, vel uxori, quo honestius ad se ducatur, *d. l. ut certo* 5. *§. interdum* 10. *commod.* Ex dictis apparet, depositi exemplum eatenus solum ad hanc regulam pertinere, quatenus ex parte accipientis nulla utilitas versetur.

XII. Secunda regula est. In illis contractibus, in quibus solum vertitur utilitas ex parte ejus qui accipit, lata, levis, & levissima culpa præstatur; quia cujus est totum commodum, æquum est etiam ejus esse totum onus, & periculum, *tit. Inst. de leg. patr. tut.* Hujusmodi est commoda-

Hh 2 tum,

tum, quod plerumque solam commoditatem continet ejus, cui commodatur: & ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis, & culpam præstandam, & diligentiam, *l. si ut certo 5. §. nunc videndum 2. in fine commodati*, id est, & culpam levem, & levissimam; nam de dolo, & culpa lata non dubitatur, quin præstari debeant. Neque contrarium est quod Justinianus ait in *§. item is 2. quib. mod. re contr. oblig.* commodatarium ad exactam diligentiam teneri; exacta enim diligentia, eadem est, ac exactissima, *l. 1. §. & ille 4. de oblig. & act. qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*, *l. in rebus 18. commod. nec sufficit ei* (ut laudato loco explicat Justinianus) *tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire.* Positivum itaque nomen vim habet superlativi, quod plerum evenit in perfectionis nominibus. Sic Deum *bonum*, & *magnum* appellamus, qui est *optimus*, *maximus*; *sanctum*, qui *sanctissimus*. Illud tamen adnotandum est, eum qui precario accepit, nihil præstare præter dolum & culpam dolo proximam; quia parva in eum liberalitas videtur esse collata: quæ in ipso primo precarii constituti momento eripi potest, *l. quæsitum 8. §. eum 3. de prec.*

XIII. Tertia Regula est, in iis contractibus in quibus utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, & dolus, & culpa præstatur, *l. si ut certo 5. §. nunc videndum 2. commod.* id est, dolus, & culpa lata, & levis præstatur; non levissima: ideoque debet in illis adhiberi exacta diligentia, non exactissima; quia cum hi contractus mediam inter reliquos naturam contineant; media quoque in illis via tenenda est.

XIV. Sed hæc præcepta his tribus regulis contenta ita demum vera sunt, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus in singulis contractibus præstari: nam hoc servabitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit: *l. contractus 23. de div. reg. jur. l. si ut certo 5. §. nunc videndum 2. commod.*

XV. Superest ut de casus fortuiti præstatione Regulam etiam proponamus. Casus fortuitus ad dominum pertinent, *l. pignus 9. Cod. de pign.* & a nullo præstantur in rebus alienis, *l. contractus 23. de div. reg. jur.* nisi forte obsistat conventio, vel mora, vel culpa. Conventio obsistit, si convenerit, ut casus fortuitus præstetur, *l. 1. Cod. commod.* quia omnes contractus ex conventione contrahentium legem accipiunt, *l. 1. §. si convenit 6. depositi.* Mora obsistit, si quis interpellatus rem alienam reddere noluerit, quæ deinde fato perierit: quia mora perpetuat obligationem, *l. si servum 91. §. sequitur 3. de verb. oblig.* Culpa denique obsistit, si quis v. g. argentum quod sibi commodatum est, ut domi eo uteretur, peregre secum ferre maluerit.

XVI

Digitized by Google

XVI. His præcognitis, veniamus ad ſpeciem noſtræ legis. Depoſui aliquid apud Titium, vel aliquod negotium mandavi Titio; iſque mandatum ſuſcepit. Videamus quænam in his caſibus præſtationes ſint: ac primo agamus de depoſito. In hoc, quia nulla utilitas ejus verſatur, apud quem deponitur, merito dolus præſtatur ſolus, *l. ſi ut certo* 5. *§. nunc videndum* 2. *commodati.* id eſt, ſolum præſtatur dolus, & culpa lata, quæ pro dolo habetur: niſi forte & merces acceſſit: tunc enim, ut eſt conſtitutum, etiam culpa exhibetur, *dicta l.* 5. *§.* 2. Ratio eſt, quia tunc non depoſitum, ſed conductio eſt, *l.* 1. *§. ſi quis* 9. *depoſiti.* aut niſi hoc ab initio convenit, *ut & culpam, & periculum præſtet is, penes quem deponitur*, *dicta l.* 5. *§.* 2. *l. juris gentium* 7. *§. ſed & ſi* 15. *de pactis*, *l.* 1. *§. ſi convenit* 6. *depoſiti*, id eſt, præſtetur damnum ortum ex culpa levi, & ex caſibus fortuitis; ſimulque ex culpa leviſſima, quæ caſibus fortuitis proxima eſt. Et hoc eſt quod T. Ariſtoni, & P. Juventio Celſo Celſi junioris patri placuit, poſſe rem hac conditione deponi, *ut res periculo ejus ſit, qui depoſitum ſuſcepit.* quod & Neratio quoque verum viſum eſt, in *noſtra lege.* Tranſeamus ad Mandatum.

XVII. Hoc aut contrahitur ſolius mandantis gratia, aut mandantis, & mandatarii, *princ. Inſt. de mand.* Si gratia mandantis, & mandatarii, dolus & culpa præſtantur, *l. contractus* 23. *de div. reg. jur.* id eſt, dolus, culpa lata, & levis, ex regula propoſita in *d. l. ſi ut certo* 5. *§. nunc videndum* 2. *commod. l. ſi procuratorem* 8. *§. dolo* 9. *& ſeq. mand.* Si ſolius mandantis gratia, videbatur dolus tantum præſtandus, id eſt, dolus, & culpa dolo proxima, ſecundum primam Regulam ſupra allatam. Verum cum aliena negotia exacto officio gerenda ſint; nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum a culpa, vacuum ſit, *l. in re mandata* 27. *Cod. mand.* ideo mandatarius, ſive procurator, omnem culpam præſtat, & a ſolo caſu fortuito præſtando immunis eſt, *l. a procuratore* 13. *Cod. eod.* Ratio hujus juris ſpecialis eſſe videtur; quia non recte geruntur negotia ſine magna diligentia, atque induſtria: ideoque, eam & mandans videtur exegiſſe, & mandatarius etiam in eo contractu promiſiſſe intelligitur. quæ cum ita ſint; in priore caſu mandatarius dolum, & culpam latam, ac levem præſtabit; in poſteriore, etiam leviſſimam, non caſus fortuitos. Sed ſub hac conditione mandatum ſuſcipi utroque caſu poteſt, ut *res periculo ejus ſit*, qui *mandatum ſuſcepit*: quod ſi convenerit, ex ſententia Ariſtonis, Celſi patris, & Neratii, in priore caſu, præter dolum, culpam latam, ac levem, diligentia etiam, & caſus fortuiti præſtabuntur; uterque enim venit nomine periculi, cum culpæ opponitur; in poſteriore, præter dolum, culpam latam, levem; ac leviſſimam; caſus fortuiti, qui ſolum intelliguntur, cum tribus culpis periculum opponitur.

Digitized by Google

CELSUS Libro nonodecimo Digestorum. in l. & Proculo 20. de legat. & fideicommissis libro 2.

Et Proculo placebat, & a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere. non enim conjunctim, sed partes legatas. nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

COMMENTARIUS.

I. Hæc lex desumta est ex Celsi *Libro XIX. Digestorum*, cujus libri percurri fragmenta omnia: nullum inveni, quod de usufructu legato loqueretur; & plurima, quæ de proprietate legata. nam *lex quæsitum* 12. *§. Celsus* 30. *& seq. de instr. vel instr. legat.* ubi ab Ulpiano Celsus allegatur in *Lib. XIX. Digestor.* agit *de instructo vel instrumento legato*; *lex aliter* 13. *lex si Servus* 25. *de pec. leg.* agunt de peculio legato; *lex Labeo* 7. *de sup. leg.* de eodem argumento; *lex uxori* 3. *& lex cum autem* 19. *§. idem Celsus* 3. *de aur. arg. leg.* ubi allegatur Celsus in eodem libro tractat *de auro, arg. legato*; *lex moventium* 93. *de verb. sign.* simpliciter *de rebus moventibus, & mobilibus a testatore legatis.* In *d. l. uxori*, 3. *de aur. arg. leg.* laudat Proculum Celsus ut *hac nostra lege*. Multæ igitur conjecturæ concurrunt ut dicamus, hanc legem, quam explicandam suscepimus, cujusque decisio fuit Proculi a Celso patre laudata, pertinere ad argumentum *de proprietate legata*, cum desumta sit ex Celsi *Lib. XIX. Digestor.* ubi de proprietate legata ex professo Celsus tractavit, adeoque fragmentum istud in titulum de legatis, non de usufructu legato relatum est. Speciem igitur hoc modo fingamus. Servo communi legata fuit per vindicationem proprietas fundi Tusculani pleno jure, sive quod idem est, servo communi legatus fuit fundus Tusculanus per vindicationem. Potest uterque dominus admittere legatum: & potest alter admittere; alter omittere. Si uterque dominus admittat legatum, unusquisque habebit partem fundi Tusculani, quam cum morietur, ad heredem transmittet: adeoque in hoc casu nulla de jure adcrescendo esse potest quæstio. si vero alter admiserit, alter omiserit; quæri potest, an omittentis pars alteri qui admiserit, adcrescere debeat; & Proculo placebat, & Celsus a Patre suo accepit, alteri non adcrescere: *non enim conjunctim*; *sed partes legatas* dicebant illi: *nam ambo si vindicarent eam quemque legati partem habiturum*, (ajebant) *quam in servo haberet.* Hujus disputationis hæc est sententia. Proprietas fundi Tusculani natura sua est dividua: qui legat igitur proprietatem communi servo, dominorum singulis legare videtur suam partem pro portione dominii: nam servus communis quasi duo servi sunt,

l. si

l. si fundum 81. *§. si servo* 1. *de legat.* 1. Singuli igitur dominorum tantum possunt vindicare quod sibi relictum est, non solum cum ambo concurrunt; verum etiam cum unus tantum: cessat igitur adcrescendi jus; quia, ut idem Celsus ajebat *Lib. XXXV. Digestor.* conjunctim heredes instituì, aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem, & tota legata, singulis data esse, partes autem concursu fieri, *l. conjunctim* 80. *de legat.* 3.

II. Non idem evenit in usufructu legato, communi servo relicto: de qua specie tractavit Julianus, *Lib. XXXV. Digestor.* ubi egit *de usufructu legato*, & ex eo Ulpianus, *Lib. XVII. ad Sabinum*, in quo etiam tractavit de usufructu legato argum. *l.* 7. 9. 11. *de usufr.* aliarumque, & præsertim argum. *l.* 1. *§. denique* 1. *de usufr. adcresc.* ubi ut Ulpiani Disputatio ex sententia Juliani intelligatur, sciendum est, usufructui adcrescendo locum esse posse, non modo si alter ex collegatariis repudiet; verum etiam, si amittat usumfructum jam adquisitum; & adcrescere potest ususfructus, non modo ei, qui retinet usumfructum agnitum; sed etiam ei, qui amisit; dummodo adhuc sit eadem civilis persona, ac fuit antea, *l.* 1. *§. denique* 1. *l. interdum* 10. *de usufr. adcresc. l. Titio* 33. *§. usumfructum* 1. *de usufr. l. & an eadem* 14. *§. qui cum partem* 1. *de excep. rei jud.* His suppositis, audiamus Ulpianum, &, ubi opus sit, declaremus eum. *Denique apud Julianum Lib. XXXV. Digestor. quæritur: si communi servo ususfructus sit relictus* (animadverte quæstionem procedere de usufructu, non de proprietate) *& utrique domino adquisitus; an altero repudiante, vel amittente usumfructum, alter totum habeat? & putat* (Julianus) *ad alterum pertinere: & licet dominis* (concurrentibus) *ususfructus non æquis partibus, sed pro dominicis adquiratur: tamen persona ejus* (servi), *non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere* (jure adcrescendi) *non proprietati accedere* (si forte servus alienatus sit). *idem* (Julianus) *ait, & si communi servo, & separatim Titio ususfructus legatus sit, amissum ab altero ex sociis* (dominis) *usumfructum, non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum conjunctum. quæ sententia vera est: nam quandiu vel unus utitur, potest dici usumfructum in suo statu esse* (id est, separatum debere permanere). *id est, si duobus conjunctim, & alteri separatim ususfructus esset relictus.* Hucusque Ulpianus *dicta l.* 1. *§.* 1. *&* 2. *de usufr. adcresc.* Ratio vero cur ususfructus servo communi relictus, juris adcrescendi sit capax, non modo si alter dominorum admittat; sed etiam in casu difficiliori, si alter admittat, & alter sibi delatum repudiet, atque etiam si agnitum abjiciat, aut per sententiam amittat; esse videtur, quia cum ususfructus natura sua sit individuum jus, non censetur testator illud divisisse intellectu, sive, ut aliter dicam, effectu per fructuum divisionem, nisi id expresserit.

III. Ve-

III. Verum ut clarius appareat in nostra lege non esse jus adcrescendi; in memoriam revocemus supra allatam Celsi Regulam sic se habentem: *Totiens jus adcrescendi est, quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt* (usumfructum a testatore relictum) *concursu divisus est*, *l. idem Neratius* 3. *de usufr. adcresc.* Ergo ii quibus in solidum a testatore aliquid non est relictum, in eo non habent jus adcrescendi. Duo igitur ad jus adcrescendi requiruntur: alterum, ut pluribus ab initio idem in solidum relinquatur: alterum, ut concursu partes fiant. Optime utrumque explicavit idem Celsus, *supra laudata l.* 80. *de legat.* 3. his verbis. *Conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est: totam hereditatem, & tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.* Opponitur in jure, partes initio fieri, & partes concursu fieri. Partes initio fiunt, cum solidum quis initio non habet, quod dici solet, *partem facere*, quam qui facit, alterum excludit a jure adcrescendi, *l. Papinianus* 8. *§. quoniam* 8. *de inof. test. l. plane* 34. *§. si conjunctim* 9. *l. hujusmodi* 84. *§. si Titio* 8. *de legat.* 1. *l. unum ex familia* 67. *§. sed si* 3. *l. cum pater* 77. *§. libertis* 27. *de legat.* 2. Partes concursu fiunt, cum ab initio totum quis habet ex voluntate testatoris, & postea, propterea quod hæc voluntas in duobus aut pluribus exitum habere non potest, concurrentibus omnibus ad idem jus, partes fiunt, ut unusquisque habeat, quod in jure æquali cum alio habere possit, *dicta l. plane* 34. *§. sed si* 10. *de legat.* 1. *l. conjunctim* 80. *de legat.* 3. *l.* 1. *interdum* 3. *de usufr. adcresc. l. si Fortidianum* 7. *Cod. de legatis.* Quando autem quis partem initio faciat, quando concursu, quando is, cui totum relictum est, jus adcrescendi habet; hæc sunt, quæ nunc distinguere oportet.

IV. Si separatim unicuique partes alicujus rei legatæ sunt, non est dubium quin partem unusquisque initio faciat, & nullum præterea jus habeat, *l.* 1. *in princ. de usuf. adcresc.* vel si conjunctim æquis portionibus eadem res duobus legata sit, *l. cum singulis* 11. *ejusd. tit.*

V. Paulus *Lib. III. Sententiar. tit. 6. de legatis §.* 3. ita distinxit. *Interdum dimidium, interdum totum debetur legatariis: dimidium, si per vindicationem legatum sit; totum, si per damnationem.* De legato vindicationis idem Paulus hæc tradidit paulo post, *§.* 7. *Per vindicationem legatum, etsi nondum constituerit legatarius ad se pertinere, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit ad heredem suum transmittit.* Ait Paulus *post apertas* tabulas. quia legatum pure relictum quod nunc cedit a morte testatoris, post legem Papiam Poppæam cedebat ab apertura tabularum *l. unic. §. cum igitur* 1. *Cod. de cad. toll.* Adjungit Paulus, legatarium rem sibi legatam ad heredem suum transmittere: recte quidem: nam ipsi jam adquisita censetur a tempore mortis defuncti, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *de furtis.* Quod autem alibi dicitur res adquisita esse a tempore aditæ hereditatis, *l. proinde* 8. *de reb. cred. l. servum* 44. *§. si*

quis

quis 1. *l. si tibi* 86. *§. cum servus* 2. *de legat.* 1. id in idem coincidit, per juris fictionem, per quam hoc tempus censetur idem, ac mortis: quia heres quandocumque adeundo hereditatem, jam tunc a morte, successisse defuncto intelligitur, ut Florentinus docuit, *l. heres* 54. *de acq vel omit. her.* vel, ut Paulus dixit, omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore morte continuatur, *l. omnis* 138. *de div. reg. jur.* Consonat Celsus, *l.* 193. *ejusd. tit.* hanc regulam proponens, omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent.

VI. Sed supra indicatam a Paulo differentiam inter legatum vindicationis, & damnationis, enucleatius docuit Ulpianus, *tit.* 24. *de legatis* §. 12. & 13. in hunc modum. *Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, si quidem disjunctim, singulis in solidum* (exempli gratia: *Titio hominem Stichum* do lego: Sejo *hominem Stichum do lego*, *§. si eadem* 8. *Inst. de legatis*, & supple nomen, quod describentis ignorantia, aut incuria intercidit, *partes*) *debentur: si vero conjunctim, velut, Titio & Sejo hominem Stichum do lego, jure civili* (id est, interpretatione prudentum) *concursu partes fiebant: non concurrente altero, pars ejus alteri adcrescebat: sed post legem Papiam Poppæam non capientis pars caduca fit. Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem conjunctim, singulis partes debentur: & non capientis pars jure civili* (hoc est, jure per disputationem a Jurisconsultis constituto) *in hereditate remanebat: nunc autem* (loquitur Ulpianus de suo tempore) *caduca fit: quod si disjunctim, singulis in solidum debetur.*

VII. Hæc omnia aperte confirmantur a Gaji epitomatore, qui *Instit. Lib. II. tit.* 5. §. 4. & 5. ita scripsit. *Inter legatum vindicationis & damnationis ista similitudo est, quòd legatum* (lege, *in legato*) *vindicationis, sive damnationis, si conjunctim, id est, duobus aut pluribus una res in legato dimissa fuerit, in utroque legato simul ab omnibus præsumatur. inter legatum vindicationis & damnationis ista distantia est, ut, si disjunctim, id est, singulis, quæcumque res per legatum damnationis relicta fuerit, singulis integra debeatur; id est, ut cum rem ipsam accipiat, alii æstimationem rei ipsius in pretio ab herede percipiant.* supple hic alteram distinctionis partem, nimirum ut si per vindicationis legatum relicta fuerit, singulis partes debeantur.

VIII. Hanc ipsam differentiam legati vindicationis & damnationis indicavit etiam Justinianus *l. unica §. ubi autem* 11. *Cod. de cad. toll.*

IX. Superest nunc adjungere rationes, quibus nixi Jurisconsulti differentiam illam constituere. In vindicationis legato dominium rei legatæ etiam sine ullo heredis facto, sola vi & potestate legis transibat in legatarium, uti supra diximus, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *de furtis.* Cum autem totius rei dominium non posset transire in utrumque, quia duo ejusdem rei non possunt esse domini in solidum, *l. duo* 19. *in princ. de pre-*

car. l. ſicut certo 5. *§. fin. commod. l. poſſidere* 3. *§. ex plurimis* 4. *de adq. vel amit. poſſ.* ideo nec poterat ab utroque res legata vindicari in ſolidum, quæ actio propria erat legati vindicationis. Cum vero legatum erat per damnationem, non tranſibat dominium in legatarium niſi facto heredis rem legatam tradentis. Neque competebat rei vindicatio; ſed actio in perſonam, quæ naſcebatur ex heredis obligatione, quam adeundo quaſi contraxerat in ſolidum cum unoquoque legatario, *§. heres* 5. *Inſtit. de obl. quæ quaſi ex contr. naſc.* Eadem enim res poteſt duobus deberi. Superiora autem mutata ſunt a Juſtiniano, *l. un. Cod. de cad. toll.* in qua in *§. ubi autem* 11. ſtatuit, omnia legata perinde habenda, ac ſi per vindicationem relicta eſſent, ſublata antiqua legatorum differentia, quam nos tamen non debemus improbare: quia cum teſtamentis faciendis adeſſe ſolerent Juriſperiti, *l. Lucius Titius* 88. *§. ult. de legat.* 2. juncto Cicerone, *Lib. II. de Orat. cap.* 6. hi ſecundum voluntatem teſtantium diverſis formulis utebantur, quæ certas in jure interpretationes habebant, & plurimas lites impediebant, orituras alias ex incerta teſtatorum voluntatis explicatione.

X. Hæc cum ita ſe haberent, in legatis per vindicationem poterat eſſe jus adcreſcendi, altero ex legatariis unius ejuſdemque rei non concurrente: in legatis autem per damnationem locus non erat juri adcreſcendi. Nam ſi disjunctim legatum erat duobus, ſingulis in ſolidum debebatur, Ulpianus *tit.* 24. *de legatis §. ſi duobus* 12. & uno eorum rem ipſam accipiente, alteri poſtea ejus æſtimatio ſolvebatur, Gajus *Inſtit. Lib. II. tit.* 5. *de legatis §. inter legendum* 5. unde explicanda *lex ſi pluribus* 33. *verſ. ſcilicet de legatis* 1. *& l. unic. §. ubi autem* 11. *verſ. cum hujuſmodi Cod. de cad. toll.* ſi conjunctim per damnationem legatum fuiſſet, pars vacans non conjuncto adcreſcebat; ſed penes heredem manebat. Ulpianus, *dicto tit.* 24. *de legatis §. ſi duobus* 12. Idcirco ſi alter ex legatariis capere non poterat, ejus pars ante legem Papiam Poppæam apud heredem manebat; poſt eam autem Fiſco deferebatur, *d. l. unic. Cod. de cad. toll.*

XI. Nunc operæ pretium facturus videor, ſi hucuſque dicta de differentia inter legatum vindicationis, & damnationis, aliquibus exemplis confirmavero, ne aliqua juris teſtimonia inter ſe contraria videantur. Ad legatum igitur vindicationis pertinet quod apud Marcellum ſcriptum eſt, *l.* 34. *ad legem Aquiliam. Titio & Sejo Stichum legavit* (teſtator); *deliberante Sejo, cum Titius vindicaſſet legatum* (ecce legatum vindicationis) *Stichus occiſus eſt: deinde Sejus repudiavit legatum: perinde Titius agere poſſit* (ex lege ſcilicet Aquilia) *ac ſi ſoli* (Titio) *legatus eſſet.* Rationem ſubjungit Ulpianus, *l. ſeq. quia retro adcreviſſe dominium ei videtur.* quod argumento a pari confirmat Marcellus. *Nam ſicut repudiante legatario legatum, heredis eſt actio, perinde ac ſi legatum non eſſet; ita hujus actio eſt, ac ſi ſoli legatum eſſet.*

XII. Pertinet etiam ad legatum vindicationis, *lex* 33. *de legat.* 1. ubi Pau-

Paulus, *Lib. III. Regularum*, ita ſcripſit. *Si pluribus eadem res legata fuerit: ſi quidem conjunctim, etiamſi alter vindicet* (obſerva modum legandi), *alter ex teſtamento aget. quod ſi ſeparatim, ſiquidem evidentiſſime apparuerit, ademtione a priore legato facta, ad ſecundum legatum teſtatorem convolaſſe, ſolum poſteriorem ad legatum pervenire placet: ſin autem hoc minime apparere poteſt, pro virili portione ad legatum omnes venire: ſcilicet niſi ipſe teſtator ex ſcriptura manifeſtiſſimus eſt, utrumque eorum ſolidum accipere voluiſſe: tunc enim uni pretium, alii ipſa res adſignatur, electione rei vel pretii ſervanda ei, qui prior de legato ſive fideicommiſſo litem conteſtatus eſt; ita tamen, ut non habeat licentiam, altero electo ad alterum tranſire.*

XIII. Ad idem vindicationis legatum referendus eſt Ulpianus, *l. ſi heres* 3. *verſ. idemque de manum. vind. Si heres* (inquit) *ſervum legatum manumittat, mox repudiet legatarius: retro competit libertas: idemque eſt, & ſi duobus pure ſervus legetur, & poſt alterius manumiſſionem alter repudiaverit: nam & hic retro libertas competit.* Non competeret autem, niſi ſervi dominium a teſtatore ad legatarium tranſlatum intelligeretur, quod unice per vindicationis legatum effici potuit.

XIV. Denique, ut alia exempla omittam, ad idem vindicationis legatum apertiſſime ſpectant, quæ Ulpianus ſcripſit, *tit.* 24. *de legatis* §. 12. *Si duobus* (inquit) *eadem res per vindicationem legata ſit, ſiquidem disjunctim ſingulis in ſolidum* (*partes:* ſic me ſupplere nomen, quod excidit, jam antea dixi) *debentur. ſi vero conjunctim, velut Titio & Sejo hominem Stichum do lego, jure civili concurſu partes fiebant: non concurrente altero, pars ejus alteri adcreſcebat.*

XV. Tranſeamus nunc ad exempla legati per damnationem. Ad hunc legandi modum pertinet *lex hujuſmodi* 84. §. *ſi Titio* 8. *de legat.* 1. ubi Julianus ſequentem caſum tractavit. *Si Titio & Mævio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat: debebitur pars Stichi Mævio: nam Titius quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet*: hoc eſt, erit cauſa, ut partes fiant. In quo caſu videmus, Mævio legatum fuiſſe Stichum, qui teſtatoris non erat. Res autem aliena ſolum per damnationem legari poterat, non per vindicationem. Ulpianus *in fragm. tit.* 24. *de legatis* §. *per vindicationem* 7. & *ſeq.* Gajus *Inſt. Lib. II. tit.* 5. *de legatis*, §. *cæterum* 3.

XVI. Pertinet etiam ad damnationis legatum contextus *legis quidam* 5. § *ſi tibi* 1. *cum duab. ſeqq. de rebus dub.* ubi ſi quis rogaverit *legatum, vel fideicommiſſum Tibi & poſtumo ſuo, vel alieno, reſtituere, utrum ita poſtumus partem faciat, ſi natus ſit; an & ſi natus non ſit? quæritur: & putat Gajus, commodius dici, ſi quidem natus non eſt, minime eum partem facere, ſed totum ad te pertinere quaſi ab initio tibi ſolido relicto; ſin autem natus fuerit, utroſque accipere quantum cuique relictum eſt, ut uno nato pars tibi dimidia debeatur; duobus natis, tertia tibi debeatur; tribus natis, quia trigemini quoque naſcuntur, quarta debeatur.* ubi manifeſte loquitur Gajus de legato per

Digitized by Google

damnationem, cum de eo legato vel fideicommisso loquatur, quod simile sit hereditatis restitutioni.

XVII. Ad eundem modum legandi pertinet *lex si duobus 16. in princ. de legat.* 1. ubi ex sententia Pomponii, si duobus res conjunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi putat Pomponius verum esse, ubi Pomponium egisse de legato damnationis arguit *§. heres* 1. *ejusdem legis.*

XVIII. Pertinet etiam ad legatum damnationis, *lex ultima* §. 2. *de legat.* 2. ubi Scævola sic ait. *Sejo, quem heredi substituerat* (testator), *ita legavit: Sejo, si mihi heres non erit, & uxori ejus Marcellæ argenti libras quindecim dari volo. quæro, cum Sejus heres extiterit, an Marcellæ legati dimidia portio debeatur? Respondi, secundum ea quæ proponerentur, deberi.* Quid propositum? legatum scilicet relictum illis verbis, *dari volo.* Et certum est, verba, quæ ad heredem diriguntur, propria esse legati per damnationem, Paulus *Lib. III. Sentent. tit. 6. de legatis §. ususfructus* 17. Ulpianus *tit.* 24. *de legatis §. per damnationem* 4. *§. verba* 3. *Inst. de singul. reb. per fideicom. relic.*

XIX. Paulum *in l.* 7. *de legat.* 2. egisse de legato per damnationem expresse constat. Sic enim ait. *Si Titio & ei, qui capere non potest, decem legata sint: quia duobus heres dare damnatur, & unus capere non potest, quinque sola Titio dantur.*

XX. Denique de legato damnationis egit Ulpianus, *l. plane* 34. *§. si conjunctim* 9. *de legat.* 2. ubi si conjunctim res legetur, *constat* partes ab initio fieri: nec solum hi partem faciunt, in quorum persona consistit legatum, verum hi quoque, in quorum persona non consistit legatum: ut puta si Titio & *Servo proprio sine libertate. Constat*, inquit Ulpianus: non autem constaret, nisi de ejusmodi legato loqueretur: & de eo verba fecit in *§. antecedenti.*

XXI. Superioribus omnibus in clara luce constitutis; ut tandem aliquando redeamus ad nostram legem, in ea non fuit quæsitum a Proculo & Celso patre, an servo communi, & alteri, puta Titio, legatum esset per damnationem, aut vindicationem: ac proinde, an in aliquo ex hujusmodi legatis locus esset juri adcrescendi, nec ne? sed an in casu quo legatum esset servo communi, altero domino omittente partem sibi delatam, alteri domino ea adcresceret? non enim conjunctim utrique domino, sed partes legatas existimabant, uti monuit Celsus filius: quod perinde est ac si dicerent. Si jus adcrescendi locum haberet in proposito casu, aut esset, quia testator disjunctim eandem rem veluti Fundum Tusculanum servo communi tanquam singulorum servo legasset, ut *Sticho servo Mævii fundum Tusculanum do lego: Sticho servo Sempronii fundum Tusculanum do lego*: aut quia conjunctim, ut, *Sticho servo Mævii & Sempronii fundum Tusculanum do lego*: aut ratione dominicæ potestatis, veluti, *Sticho fundum Tusculanum do*

do lego. In proposita specie, ut ex contextu apparet, non fuit legatum disjunctim primo modo: nam si ambo domini vindicarent, qui alterum actione præveniret, totum, non partem vindicaret, ut in textu legitur. Præterea non fuit legatum conjunctim; idque diserte traditur; sed partes legatæ. unice igitur superest tertio modo legatum: ita scilicet ut pro dominii ratione partes domini haberent. Hic autem modus legandi proprietatem, excludit jus adcrescendi, alioqui esset consequens, ut si quis una cum alio fundum Tusculanum emisset, duodecimam solum pretii partem persolvens; haberet tamen jus ad duodecim fundi Tusculani partes, sive, quod idem est, ad integrum fundum Tusculanum illi servo legatum. Assertionis suæ Jurisconsulti hanc rationem habebant. *Nam ambo si vindicarent, eam quisque partem habiturus, quam in servo haberet*: proportione scilicet dominica: vel æqualem, vel majorem, vel minorem: vel magnam, vel exiguam.

XXII. Verum in hoc proprietas differt ab usufructu ex Juliani sententia in *l.* 1. §. *denique* 1. *de usufr. adcresc. quod si communi servo ususfructus sit relictus, & utrique domino adquisitus, altero repudiante, vel amittente usumfructum, alter totum habeat: & licet dominis ususfructus non æquis partibus, sed pro dominicis adquiratur*, (ecce rationem dubitandi desumtam ex sententia Proculi, & Celsi patris aliter sentientium in proprietate) *tamen persona ejus* (servi scilicet) *non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere*, (jure scilicet adcrescendi, sensit Julianus) *non proprietati accedere.*

XXIII. *Sed in usufructu hoc plus est: quia & constitutus, & postea amissus, nihilominus jus adcrescendi admittit. omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt*: & (ut Celsus & Julianus eleganter ajunt apud Ulpianum, *l.* 1. §. *interdum* 2. *de usufr. adcresc.*) *ususfructus cottidie constituitur, & legatur: non ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur.* Observa illum loquendi modum, *eleganter ajunt*, frequentem scilicet locutionem laudantes, non veritatem. Per auxesin enim dicitur ususfructus *cottidie constitui, & legari*, effectu scilicet inspecto; quia idem evenit, ac si cotidie constitueretur, & legaretur, non ut proprietas, quæ semel solum constituta, & legata censetur: eo scilicet tempore quo vindicatur. Eleganter etiam, & quoad animi sui proclivitatem verissime locutus est B. Paulus *I. ad Corinth. cap.* 15. *ver.* 31. ita scribens. *Quotidie morior per vestram gloriam fratres, quam habeo in Christo Jesu Domino nostro.* id est, cotidie subeo mortis periculum, & mori paratus sum. *Cum primum itaque non inveniet alter* (dominus) *eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum: nec refert conjunctim, an separatim relinquatur, dicta l.* 1. §. *interdum* 1. *de usufr. adcresc.* denuo enim, & simpliciter censetur ususfructus constitutus, qui necesse est ut adquiratur ei, qui tunc est servi dominus.

Digitized by Google

CELSUS Libro trigesimo sexto Digestorum. in l. pater meus 29. de legat. 2.

Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri Consulis, itum in sententiam suam: ut cum Otacilius Catulus filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset, petissetque ab eo, ut ea concubinæ ipsius daret: & libertus vivo testatore decessisset: & quod ei relictum erat, apud filiam remansisset: cogeretur filia id fideicommissum concubinæ reddere.

COMMENTARIUS.

I. Otacilius Catulus filiam ex asse heredem instituit, liberto ducenta legavit, & ab eo petiit, ut ea concubinæ ipsius daret; libertus vivo testatore decessit, adeoque ducenta, quæ ei legata fuerant, apud filiam remanserunt. quæsitum fuit, an filia cogi deberet illud fideicommissum concubinæ reddere? Celsus pater respondit, cogi debere: in cujus sententiam itum fuit in consilio Duceni Veri Consulis. Erat autem Consilium concessus eorum, qui causam aliquam cum Prætore vel Consule cognoscebant. Unde illæ formulæ *consurgere in Consilium*, *ire in Consilium*, *mitti in Consilium*, *Consilium vocare*, *Consilium præbere*, *Consilium dimittere*, & in Notis D. C. S. *De Consilii sententia*. Consilium Prætor præbiturus, decem Senatores, totidemque Equites Romanos in Consilium adhibebat. Præsides in Provinciis viginti Recuperatores, Ulpianus *tit.* 1. *de libertis* §. *eadem lex* 13. Theophilus §. 4. *Inst. qui & ex quib. caus. man. non poss.* Recuperatores, antea dicti Reciperatores, ita appellati, quia per eos quisque recuperaret, sive reciperet, quod suum esset, vide Festum *in Reciperatio*. Qui Consilium componebant, appellantur Judices, *l. illud* 16. *de man. vind. l.* 1. *Cod. de vind. & apud cons. man.* Tantæ fuerunt auctoritatis, ut cum ei cui mandata est jurisdictio a Prætore Urbano, vel Præside Provinciæ, assessores & amicos in Consilium adhibere licuerit; *l.* 3. *&* 5. *Cod. de assess.* tamen Consilium exercere, id est, Decemviros illos convocare non liceret, *l. mandata* 2. *in princ. de off. ejus cui mand. est jurisd.* Unde apparet, Magistratum non habuisse jus exercendi consilium vi suæ jurisdictionis, *arg. l.* 1. *in princ. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* Prætor cum his pro tribunali considebat, Suetonius, *in Tiberio cap.* 33. Assidebant Consiliarii ita ut post Prætoris tergum federent, Ammianus Marcellinus, *Lib. XXIII. cap. ult.* cujus aurea verba hic describam. *Ad judicandum autem* (apud Persas) *usu rerum spectati designantur & integri, parum alienis consiliis indigentes: unde nostram consuetudinem rident, quæ interdum facundos, jurisque publici peritissimos post indoctorum collocat terga.* Judicaturum instruebant. unde non Consiliarii, sed judices judicabant: quod optime distinxit Plinius, *epist.* 20. *Lib.*

Lib. I. frequenter egi, *frequenter judicavi*, *frequenter in conſilio fui.* adde *l. hoc edicto* 2. *quam quiſque juris.* licet autem illi Conſiliarii, ſive Adſeſſores, non judicarent, Judices tamen, uti ſupra diximus, appellantur, *l. illud* 16. *de man. vind. l.* 1. *Cod. de vind. & apud conſ. man.* quia is qui jus dicebat, nihil cognoſcere aut decernere potuit ſine horum ſententia. Non ſolum Prætores, ſed etiam Conſules ſuum habebant Conſilium, Cicero *in Bruto*, *cap.* 22. *Cum Conſules re audita de Conſilii ſententia*, *amplius pronunciaviſſent.* In Conſilio igitur Duceni Veri Conſulis. Celſus pater cenſuit filiam Otacilii Catuli, debere reſtituere ejus concubinæ ducenta, quæ libertus reſtituere non potuit; quia vivo teſtatore deceſſerat. Sic etiam, ſi ab eo, cui legatus eſſet uſusfructus, fideicommiſſum fuerit relictum: licet uſusfructus ad legatarium non pervenerit, heres tamen, penes quem uſusfructus remanet, fideicommiſſum præſtat. quod & in militis teſtamento erit dicendum, ſi legatarius, a quo fideicommiſſum relictum eſt, repudiaverit legatum, vel vivo teſtatore deceſſerit, *l. ſi ab eo* 9. *de uſu & uſufr. legato.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, PAPIRIUS FRONTO: SIVE AD PAPIRII FRONTONIS FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE PAPIRIO FRONTONE, JURISCONSULTO.

PAPIRIUS Fronto Reſponſa edidit, teſte Calliſtrato, *Lib. II. Quæſtionum*, *l. navis* 4. *§. ult. de lege Rhodia.* Idem Calliſtratus Papirii Frontonis *Librum tertium Reſponſorum* allegavit, *l. liberorum* 220. *§. ſed & Papirius Fronto* 1. *de verb. ſign.* Calliſtratus, inquam, qui vixit ſub Imperatore Severo, *l. nam imperator* 38. *de legib.* Allegatur etiam a Marciano, *l. filius familias* 114. *§. quid ergo* 7. *de legat.* 1. *l. peculium* 40. *in princ. de pecul. legato*, ubi tanquam coævus, licet antiquior, laudari videtur: ſic enim ait Marcianus. *Peculium naſcitur, creſcit, decreſcit, moritur: & ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium ſimile eſſe homini.* Cum autem Marcianus vixerit ſub Antonino Pio, *§. ſed hoc tempore* 2. *Inſt. de his qui ſui vel alieni juris ſunt.* ſub Divis fratribus, ſub Marco, & Commodo, & ſub Severo, & Antonino Caracalla, atque ſub hoc ſolo, *l. poſt D. Marci* 8. *Cod. ad leg. Jul. majeſt.* facile colligitur, Papirium Frontonem vixiſſe ſub Antonino Pio, aut paullo ante, vel poſt.

MARCIA-

Digitized by Google

MARCIANUS Libro quinto Regularum. *in l. peculium* 40. *de peculio.*

Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur. & ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini.

COMMENTARIUS.

I. Peculium est illud patrimonium, quod filius familias vel servus permissu patris vel domini separatum habet a rationibus paternis, vel dominicis, deducto inde, si quid patri vel domino debetur, *l. depositi* 5. §. *ult. de pecul. l. peculium* 39. *eod.* vel aliter, est pecunia omnis, quam filius familias, vel servus administrat, quasi suam, conniventibus oculis patris vel domini, deducto eo, quod patri vel domino debetur. Pecuniæ nomine hoc loco non tantum pecunia numerata, sed etiam res omnes, sive mobiles, sive immobiles continentur, *l. pecuniæ* 178. *de verbor. sign. l. ult. Cod. de const. pec.* Verba illa, *deducto eo quod domino debetur*, ideo adduntur, quia sicut patrimonium liberi hominis (cui comparatur peculium, *l. peculium* 39. *de pecul.*) non intelligitur nisi deducto ære alieno, *l. subsignatum* 39. §. 1. *de verb. sign.* ita quoque peculium minuitur propter illud omne quod servus debet naturaliter servo suo, vel etiam alteri conservo suo, cum illud idem ipsi domino deberi videatur. Neque dubium est, quin servus domino suo adquirat omnem obligationem, quamcumque adquirit, sive naturalem, sive civilem. Sed aliud dicendum est, si debeat vicario suo; quia vicarius cum omni suo peculio est in peculio ordinarii; ideoque non potest quicquam ex peculio ordinarii transferri in peculium vicarii, quin eo ipso illud idem in peculium ordinarii revertatur.

II. In filiisfamilias peculium est triplex, paganum, castrense, & quasi castrense, *l. cum antiquis ult. Cod. de inoffic. test.* in servis autem nulla est distinctio peculii. quidquid enim servus adquirit, domino pleno jure adquiritur, §. *item vobis* 3. *Inst. per quas pers. cuiq. adquir.* Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur. & ideo Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini. nasci, & mori peculium per metaphoram dicitur; crescere, & decrescere, proprie. Proprie autem nihil aliud est nasci, morique peculium, quàm incipere esse, & esse desinere. Singula hæc declaremus exemplis, secuti ducem Marcianum.

III. Ad peculii nativitatem quod attinet, ita veteres distinguunt. Si id adquisiit servus, quod dominus necesse non habet præstare, id esse peculium (ajebant). ita igitur nascitur peculium. Hinc facile decidi potest illa quæstio, num vestimenta sint in peculio? quam quæstionem pertractavit Pomponius, *Lib. XXIII. ad Sabinum in l. id vestimentum* 25. *de pecul.*

& nos ita definimus. Vestimenta aut necessaria sunt, aut ad luxum, *argum. dict. l. vestimentum 25. de pecul. & l. vestis 23. de aur. & arg. leg.* Si necessaria sunt, ut tunicæ, quas dominus servo præstare debet, non sunt peculii, *n. l. peculium 40. §. quomodo 1. de pecul.* Si superflua, aliquando erunt in peculio; aliquando non erunt. quod pendet ex sola voluntate domini, quæ totum facit, cum peculium ex constitutione & voluntate domini pendeat, *l. depositi 5. l. quam Tuberonis 7. juncta l. peculii 4. in princ. de pecul.* Itaque id vestimentum peculii esse incipit, quod ita dederit dominus, ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet: eoque nomine ei traderet, ne quis alius eo uteretur, *l. id vestimentum 25. de pecul.* ubi notandum est verbum illud, *crediderunt*, quod satis indicat Pomponium loqui non de necessario; sed de superfluo vestimento. Sed quod vestimentum servo dominus ita dedit utendum, ut non semper, sed ad certum usum, certis temporibus eo uteretur, veluti cum sequetur eum, sive cœnanti ministrabit: id vestimentum esse peculii Pomponius docebat ex Sabino, *dicta l. id vestimentum 25. de pecul.* Quæ diximus de vestimentis, quæ dedit servo dominus, dicendum etiam de vestimentis quæ ab aliis, quàm domino adquisivit servus ex *nostra l.* Hæc de servo.

IV. Ad filiumfamilias quod attinet, paganum peculium nascitur, cum aut pater, aut quivis alter filiofamilias alicujus rei dominum confert; hac tamen differentia, quòd si pater filio, aut extraneus eidem contemplatione patris aliquid dat, peculium nascitur profectitium. Si filius adquirit aliquid occasione armatæ militiæ, peculium nascitur castrense, *l. pater 12. de castr. pec.* si occasione togatæ, palatinæ, aut sacræ, quasi castrense, *l. advocati 14. Cod. de advoc. diverf. jud. l. unic. Cod. de castr. omn. palat. pec.* ita igitur nascitur peculium.

V. Peculium crescit, cum auctum fuerit, sive per accessiones fructuum, & fœtuum, *l. ult. quando de pec. act. annalis est.* sive per adjectionem quantitatis, & rerum peculiarium; sive per auctam earum æstimationem, argum. *l. si ex duobus 32. §. venditor 2. de pecul.*

VI. Peculium decrescit, cum servi vicarii moriuntur, res intercidunt, *nostra l. 40. §. quo modo 1. vers. decrescit, de pecul.*

VII. Denique peculium moritur, cum ademtum sit, *nostra l. peculium 40. dicto §. 1. vers. ult. de pecul.* Item si mortuum sit animal, *l. ult. quando de pecul. act. annalis est.* Item cum servus moritur, aut filius familias, *l. nam quæ 2. de pecul. legat.* Item cum filiusfamilias manumittitur, *§. hoc quoque 2. Inst. per quas perf. cuiq. adquir.* Item cum pater moritur, per cujus mortem filiusfamilias factus sui juris, desinit posse habere peculium, *l. ult. in fine Cod. de inoffic. test. l. certum est 13. Cod. famil. ercisc.* adeoque servo alienato sine peculio, aut manumisso, *l. Prætor 1. §. merito 3. quando de pecul. act. ann. est.* ob eamque caussam necessarium fuit Edictum Prætoris, de quo in *l. 1. quando de pecul. act. ann. est,* ut quamvis mortuo pecu-

peculio, actio tamen de peculio singulari beneficio Prætoris saltem intra annum salva esset, *dicta l.* 1. §. *merito* 5. *quando de pec. act. ann.* quod ademto peculio secus est; quia tunc actio quoque ipsa de peculio prorsus moritur; nec in annum usque sequentem producitur, si non facta sit ademtio dolo malo, *l. quis ergo* 16. *de pecul. l. si hi qui* 1. §. *nec videtur* 1. *l. interdum* 14. *de in rem verso.* ideoque fortasse Marcianus hoc unum exemplum attulit mortui peculii cum ademtum est; non cum filiusfamilias mortuus, aut emancipatus, vel servus manumissus alienatusve est. Hæc cum ita sint, evenit in peculio, quod in ceteris corporibus universalibus, grege, populo, legione, & aliis hujusmodi, quæ constant ex corporibus distantibus, de quibus in *l. rerum* 30. *de usurp. & usucap. l. proponebatur* 75. *de judic.* ideoque & argumentum recipit, & diminutionem, *l. si ex duobus* 32. §. *venditor* 2. *de pec.* non minus quam hereditas, *l. item* 20. §. *item* 3. *de hered. petit.* quamvis non sicut hereditas, in jure consistat, nec sine corpore aliquo juris intellectum habeat, *l. hereditas* 50. *de hered. petit. l. grege* 21. *de legat.* 1.

VIII. Hinc nata illa quæstio, cui bono vel damno sit peculii accessio, aut deminutio, si peculium legatum sit, de quo agitur ad §. *si peculium* 20. *Inst. de legatis* ubi dici debet, tale deberi peculium, quale cessit; cedit autem, si servo cum libertate legetur ab adita hereditate; si sub conditione, ab hujus existentia, modo post aditam hereditatem contingat. si legetur extraneo, a morte testatoris.

IX. Servo manumisso, peculium extinguitur. hac tamen differentia, quòd si servus testamento manumittitur nullo alio addito, non videtur ei peculium suum legatum, quamvis servo inter vivos manumisso tacite donatum intelligatur, si modo nominatim ademtum non sit, *l. ex ea* 2. *Cod. de pec. ejus qui libert. meruit*, *l. si Sticho* 53. *de pec.* Ratio disparitatis est, quia in hoc posteriore casu dominus, qui videt peculium esse penes servum, & servum manumittendo, illud non retinet sibi, videtur ei donasse ex tacita voluntate subsequente manumissionem; quæ voluntas in defuncto considerari nequit; ac proinde heres tanquam universi juris successor recte peculium vindicat, cui in dubio parcendum est, *l. cum ei* 42. *de legat.* 2.

MARCIANUS Libro octavo Institutionum. in l. filiusfamilias 114. §. *quid ergo* 7. *de legat.* 1.

Quid ergo, si heres post mortem suam rogatus fuerit hereditatis suæ partem quartam restituere? verius esse existimo, quod & Scævola notat & Papirius Fronto scribit, valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset. & eatenus restituenda est, quatenus hereditas testatoris patitur secundum volgarem formam juris.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Ex facto tractatum eſt, an per fideicommiſſum rogari quis poſſit, ut aliquem heredem faciat? & Senatus cenſuit rogari quidem quem ut aliquem heredem faciat, non poſſe; verum videri per hoc rogaſſe, ut hereditatem ſuam (teſtantis) ei reſtituat; id eſt, quidquid ex hereditate ſua conſecutus eſt, ut ei reſtitueret, Ulpianus *Libro II.* (forte *IV.* obſervata inſcriptione legis præcedentis) *Fideicommiſſorum l. ex facto* 17. *ad S. C. Trebell.* Multo brevius Marcianus *in §. præcedenti noſtræ legis*, *Ut quis heredem inſtituat aliquem, rogari non poteſt: plane Senatus cenſuit perinde habendum atque ſi rogaſſet hereditatem reſtitui.* Nimirum Senatus regularum juris antiqui tenaciſſimus, noluit ut inſtitutio ſecunda vigorem acciperet a prima: nam ſatis conſtanter veteres decreverunt, teſtamentorum jura ipſa per ſe firma eſſe oportere; non ex alieno arbitrio pendere, *l. illa inſtitutio* 32. *in princ. de her. inſt.* quæ regula deſcendebat ex genuina interpretatione Legis XII. Tabular. *Paterfamilias uti legaſſit ſuper pecunia tutelave rei ſuæ, ita jus eſto*, in qua notanda ſunt illa verba, *rei ſuæ.* Quamobrem ſi ſuperiorem inſtituendi formulam inſpicimus, vitioſa ea eſt, & contra juris regulam, ſive jus ipſum. Quoniam vero non tam verba, quam teſtatoris mens animadvertenda eſt; videndum nunquid teſtator aliquid voluerit quod poſſit facere. Equidem ſi quis rogaſſet aliquem, ut hereditatem ſuam, Titio verbi gratia, reſtitueret, fideicommiſſum valeret. Senatus itaque cenſuit, eum qui rogavit heredem ſuum, ut heredem inſtitueret aliquem; perinde habendum, atque ſi rogaſſet, ut hereditatem ei reſtitueret; *noſtra l. filiusfamilias* 114. *§. ut quis* 6. *de legat.* 1. facit *l. Imperator* 70. *§. cum quidam* 2. *de legat.* 2. Julianus quoque, *Libro XL. Digeſtorum*, fideicommiſſum tale valere ait: *fidei tuæ committo, ut hereditatem Titii reſtituas*, cum eſſet is qui rogatus eſt a Titio heres inſtitutus *l. ex facto* 17. *§. Julianus* 1. *ad S. C. Trebel.* Non tantum autem ſi heredem quem ſcripſero, potero rogare ut heredem faciat aliquem (ſenſu jam antea explicato); verum etiam ſi legatum illi, vel quid aliud reliquero. nam hactenus erunt obligati. quatenus quid ad eos pervenit, *dicta l. ex facto* 17. *§. non tantum* 2. *ad S. C. Trebell.*

II. His præmiſſis, hanc quæſtionem movet Marcianus. Quid ergo ſi heres poſt mortem ſuam rogatus fuerit hereditatis ſuæ (id eſt, fiduciarii) partem quartam reſtituere? Et Marcianus verius eſſe exiſtimat, quod & Scævola notat, & Papirius Fronto ſcribit, valere fideicommiſſum, atque ſi de hereditate ſua (teſtatoris) reſtituenda rogatus eſſet, quatenus hereditas teſtatoris (primi ſcilicet) patitur, ſecundum vulgarem formam juris. Vulgaris forma juris eſt, ut fiduciarius reſtituat defuncti hereditatem retenta quarta hereditatis defuncti. ſi ergo fiduciarii hereditas tanta fuerit, ut

ut quarta ejus pars, major ſit, quàm tres partes hereditatis teſtatoris, quas ille debebat reſtituere, retenta quarta, non reſtituet fiduciarius quartam hereditatis ſuæ; ſed tantum tres illas partes hereditatis defuncti, ſive dodrantem; quod ſi quarta pars hereditatis fiduciarii æqualis fuerit dodranti teſtatoris, aut eo minor, reſtituet quartam partem hereditatis ſuæ. Atque hanc puto eſſe mentem hujus loci alias obſcuriſſimi. Eodem modo explicari poteſt Papinianus in *l. Imperator* 70. *§. ult. de legat.* 2.

CALLISTRATUS Libro ſecundo Quæſtionum. in l. liberorum 220. §. *ſed & Papirius* 1. *de verbor. ſignif.*

Sed & Papirius Fronto libro tertio reſponſorum ait, prædio cum villico & contubernali ejus & filiis legato, nepotes quoque ex filiis contineri: niſi voluntas teſtatoris aliter habeat. filii enim appellatione ſæpe & nepotes accipi, multifariam placere.

COMMENTARIUS.

I. Teſtator prædium cum villico, & contubernali ejus, (id eſt, conjuge etiam ſerva, *l. Julius Paulus* 81. *de cond. & dem.*) & filiis, legavit Titio. Dubium non eſt quin ea omnia, quæ expreſſa ſunt a teſtatore in legatum veniant, & quidem ſingula principaliter. Unde etiamſi villicus decedat, contubernalis ejus, & filii debebuntur. nam ſi legatis ancillis cum ſuis natis, mortuiſque ancillis, natorum legatum non extinguitur, *l. ſi ancilla* 62. *de legat.* 1. *§. ſi quis* 17. *Inſt. de legat.* dignitas enim hominis non patitur, ut homo inter res acceſſorias numeretur, *l. in pecudum* 28. *de uſuris.* multo minus, mortuo villico, extinguetur legatum contubernalis ejus, & filiorum. Simile exemplum extat in *dicto §. ſi quis* 17. in ordinariis ſervis cum vicariis legatis; quia licet mortui ſint ordinarii; tamen vicarii legato cedunt. & multo magis e contrario pereuntibus vicariis debentur ordinarii. Hæc ſunt certiſſima.

II. Illud in noſtra ſpecie a Papirio Frontone quæſitum fuit, an filiorum appellatione nepotes contineantur? & Papirius Fronto dixit, nepotes quoque ex filiis contineri, niſi voluntas teſtatoris aliter habeat. filii enim appellatione & nepotes accipi, multifariam placere. Multa hic conſideranda ſunt, ut hujus reſponſi vim perpendamus. Primo, cur ita Frontoni placuerit in propoſita ſpecie: deinde quàm frequenter id placuerit aliis Juriſconſultis in ſpeciebus ſimilibus.

III. Ad primum quod attinet, ita reſpondit Fronto: quia veriſimile eſt, teſtatorem noluiſſe duram ſeparationem inducere, *l. quæſitum* 12. *§. ſed an inſtrumenti* 6. *de inſtr. & inſtr. leg.* id eſt, præſumitur qui ita legavit, noluiſ-

ſe ut disjungerentur nepotes ab avo, & patre. Igitur cui legatus eſt *villicus cum filiis*, ei debentur filiorum filii, id eſt, nepotes, ne diſtrahatur hæc quaſi familia, ſeu domus ſervilis, amare, duriter, acerbe. Præterea teſtator voluit, ne villicus disjungeretur a contubernali ſuo, quanto magis a nepotibus? Merito itaque Paulus *Libro II. ad Vitellium*, de legatis diſputans ſcripſit, *filii appellatione omnes liberos intelligimus*, *l. filii* 84. *de verb. ſign.* Præter hæc omnia natura nos quoque docet, parentes pios, qui liberorum procreandorum animo & voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes, qui ex nobis deſcendunt, contineri: nec enim dulciore nomine poſſumus nepotes noſtros, quàm filii appellare: idcirco filios filiaſve concepimus, atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus, *noſtra l. liberorum* 220. *§. præter hæc* 3. *de verb. ſign.* Quæ cum ita ſint, non ſolum liberorum appellatione nepotes & pronepotes ceterique qui ex his deſcendunt, continentur, noſtra *l. liberorum* 220. *de verb. ſign.* ſed & filiorum etiam: & hanc vim habent illa verba, *ſed &*, noſtræ legis. Hinc in regulam abiit pronunciatum hoc. *Juſta interpretatione recipiendum eſt, ut appellatione filii, ſicuti filium familias contineri ſæpe reſpondebimus* (forte legendum, *reſpondimus*) *ita & nepos videatur comprehendi. Et Patris nomine avus quoque demonſtrari intelligitur*, *l. juſta* 201. *de verb. ſign.* Ait Julianus, *juſta interpretatione*, ut iniquam, & divinatoriam excludat. Exempla vide in *l. heredes mei* 57. *§. fin. ad S. C. Trebel. l. qui filiabus* 17. *de legat.* 1. Ait, *recipiendum eſt*, in teſtamentis ſcilicet, ut jam docuimus in legatis. item in tutelis. Fingamus enim teſtatorem filios non habere, ſed nepotes tantum: aut fingamus, nepotes ſolos eſſe impuberes; dubitandum non eſt, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egiſſe videatur. At ſi filios teſtator habeat impuberes, nulla juſta cauſa eſt, cur recedamus a proprietate ſermonis, *l. non aliter* 69. *de legat.* 3. ut dicamus filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluiſſe, aliter enim filii, aliter nepotes appellantur, *§. ult. Inſt. qui teſt. tut. dari poſſ. l. ſi quis* 5. *& l. quid ſi* 6. *de teſt. tut.* Nam nepotibus fortaſſe magis expediet, peculiarem tutorem habere, legitimum, vel dativum, quàm eum qui a parente datus eſt: qui filiorum tutela ſatis ſit implicitus, atque occupatus. Quibus addendum eſt, agi hic de gravando extraneo, cujus interſit ne nimium oneretur. Enimvero ſi quis filiis tutores det, & habeat filios, & filias, reſponſum eſt etiam filiabus tutores datos eſſe, *l. ſi ita* 45. *de legat.* 2. *l. ſi quis* 16. *de teſt. tutela*, *l. Servius* 122. *de verb. ſign.*

IV. Quæ ſupra diximus, obtinent non in contractibus, ſed in ultimis voluntatibus; nam ut injuriam omittam, quæ contrahentibus inferri poſſet, ſi extenſio illa admitteretur, in teſtamentis voluntates teſtantium plenius interpretantur, *l. in teſtamentis* 12. *de div. reg. jur.* cum unius ſolum voluntas ſpectanda ſit, & ex ea omnia regenda. Reſpiciendum id etiam in

jure

jure interpretando: ex ſententia etenim legum, filii appellatione continetur nepos. Sic S. Ctum. Macedonianum, quod eſt de his, qui credunt pecuniam filiisfamilias, porrigitur etiam ad nepotes, *l. filium habeo* 14. *de S. Cto. Macedon. l. pen. Cod. ad S. C. Macedon.* Idemque evenit in alio S. Cto: quo cautum fuit, ne tutor pupillam ſuam elocaret filio ſuo; ex æquitate enim extenſum eſt ad nepotem, *l. ſenatuſconſulto* 59. *de ritu nuptiar.* Vide ſimile exemplum *in l. ſive ingenua* 2. *§. filius* 28. *ad S. C. Tertyll.* Verum id, ut diximus, admittitur, ubi juſta eſt interpretatio; non ubi deficit mens legis. Quamobrem, cum interdictum eſſet filiis Senatorum, *ne ſe ludo polluerent: ne in arenam deſcenderent*, Auguſto viſum eſt id producendum ad nepotes Senatorum, ut auctor eſt Dio *Libro XLVIII. pag.* 383. juncta *l. lege Julia* 44. *de ritu nupt.* non fuiſſet autem opus conſtitutione Principis, ſi viſum eſſet Juris interpretibus id porrigendum. Sed odioſum erat. Ecce aliud exemplum. Pater filiumfamilias occidere poterat, *l. in ſuis* 11. *de lib. & poſt.* non vero nepotem, *l.* 1. *in fine de lege Pompeja.*

V. Hæc cum ita ſint, cum *filium* dicimus, aut volumus gradus diſtinguere, aut non. ſi primum, appellatio filii non extenditur ad nepotes, *l.* 1. *§. generaliter* 1. *de legat. praſt. l.* 1. *de grad. & affin. §. poſtumorum* 2. *Inſt. de exhered. liber. §. ſui autem* 2. *Inſt. de hered. qual. & diff.* ſi ſecundum, extenditur, ex ſententia loquentis, ſive ſit paterfamilias, ſive lex.

VI. Tranſverſales vix appellatione filiorum ſolent intelligere nepotes; aſcendentes ſæpe.

GRE-

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, VINDIUS: SIVE AD VINDII VERI, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE VINDIO VERO, JURISCONSULTO.

JULIUS Capitolinus in *Antonino Pio*, de eo Imperatore loquens, ita scripsit. *Multa de jure sanxit, ususque est jurisperitis, Vindio Vero, Salvio Valente, Volusio Mætiano, Ulpio Marcello, & Javoleno.* Hinc apparet, quare Volusius Mætianus, qui Fideicommissorum libros composuit, vivente adhuc Antonino, ut apparet ex *l. Antoninus Augustus Pius noster*, 42. *de fideicommiss. libert. l. pœnales* 32. *§. si Titio* 4. *ad leg. Falcid. Libro IX.* fideicommissorum, ita scripsit. *Vindius noster . . . ait*, quia nimirum Vindius, aut erat amicus ejus; aut, quod verisimilius est, Magister, cum a Capitolino primo loco nominetur. In quo argumento præcipue versatus fuerit, non constat, cum solum nomen ejus, non vero alicujus operis titulus, a Mætiano, Paullo, & Ulpiano allegetur.

PAU-

PAULUS Libro ſexto ad Edictum.
in l. ſed alio 2. §. *ſi abſens* 1. *ſi ex noxali cauſ. agatur quemadmod. caveatur.*

Si abſens ſit ſervus, pro quo noxalis actio alicui competit: ſi quidem dominus non negat in ſua poteſtate eſſe: compellendum putat Vindius vel judicio eum ſiſti promittere, vel judicium accipere: aut ſi nolit defendere, cauturum, cum primùm potuerit, ſe exhibiturum. ſin verò falsò neget in ſua poteſtate eſſe: ſuſcepturum judicium ſine noxæ conditione. idque Julianus ſcribit & ſi dolo fecerit quominus in ejus eſſet poteſtate. Sed ſi ſervus præſens eſt, dominus abeſt, nec quiſquam ſervum defendit: ducendus erit juſſu prætoris. ſed cauſa cognita domino poſtea dabitur defenſio, ut Pomponius & Vindius ſcribunt: ne ei abſentia ſua noceat. Ergo & actori actio reſtituenda eſt, perempta eo quòd ductus ſervus in bonis ejus eſſe cœpit.

COMMENTARIUS.

I. Si quis noxali cauſa conveniatur, eum de quo noxalis actio eſt *judicio ſiſti*, debet promittere, & in eadem cauſa eum exhibere, in qua tunc eſt, donec judicium accipiatur, *l.* 1. *ſi ex noxali cauſ. agat.* In eadem cauſa ſiſtit, qui ad experiendum non facit jus actoris deterius, dicta *l.* 1. §. *in eadem cauſa* 1. *noſtra l. ſed alio* 2. *l. ſi ſervum* 5. *eod.* Ait Prætor, *donec judicium accipiatur*, id eſt, donec litem conteſtetur qui ſervum habet in poteſtate, & noxali actione tenetur: nam ſi ita non caveret, facile poſſet actoris conditio ante litem conteſtatam ſervi alienatione fieri deterior, ſive per alienationem actori potentior adferretur adverſarius; ſive in litigando inciperet in duriore cauſa eſſe qui erat in pari, *l.* 1. §. *in eadem cauſa eod.* Id vero poſt litem conteſtatam non metuitur, propterea quod is, quo cum lis conteſtata ſit, etſi amittat ſervum, deinde actori condemnatur in æſtimationem, imputaturus ſibi, quod ipſe abſtulit ſibi noxæ dedendæ facultatem, *l. ſi alienus ſervus* 37. & *l. ſeq. de nox. act.* Eum vero ſervum quis debet promittere, *judicio ſiſti*, & *in eadem cauſa exhibere*, quem in ſua poteſtate habeat, nam ſolus dominus noxali actione ob ſervi delictum convenitur *l.* 1. *de nox. act.* Itaque ſi abſens ſit ſervus, diſtingui oportet, an in ejuſdem poteſtate eſſe perſeveret, nec ne. Et ſi perſeveret eſſe, num id confiteatur dominus, aut falſo neget. Si non ſit in ejus poteſtate, actione noxali non tenetur, & recuſare poteſt noxale judicium, *l. non ſolum* 29. *de nox. act.* ſi ſit, tenetur. Itaque ſi abſens ſit ſervus, pro quo noxalis actio competit alicui, quia ſervus in priſtini domini poteſtate eſſe perſeverat; ſi quidem dominus non negat in ſua poteſtate eſſe, ſive quod idem eſt, ſi confitetur eſſe in ſua poteſtate, compellendum putat Vindius,

dius, vel *judicio eum sisti promittere*, vel, *judicium accipere.* qui alium sistere promittit, hoc promittit, *id se acturum, ut stet*, qui nisi steterit, pœna in id quanti interest sisti continetur, *l. quotiens* 81. *de verb. obligat.* Qui judicium accepit, in eum finem accepit, ut æstimato damno illud solvat. Quod si nolit defendere, ait Vindius, cauturum dominum, cum primum potuerit, *se exhibiturum*, quod sic interpretandum est. Domino servum habenti in potestate liberum est evitare judicium, si indefensam eam personam relinquat: sed huic (domino) necesse est jus suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset, *l. non solum* 29. *de nox. act.* Exhibitio igitur fiet per actionum cessionem. Hucusque dicta pertinent ad dominum confitentem servum in sua esse potestate.

II. Si vero falso neget, in sua potestate esse; docet idem Vindius, suscepturum judicium sine noxæ deditione. Idem est, si adversarius paratus sit, probare servum in ejus esse potestate, cogitur dominus judicium suscipere, eoque per adversarium probato, non habet facultatem noxæ dedendi servum; quia huic juri renunciasse videtur qui servum in sua potestate esse falso negavit eo fine ut & noxæ deditionem, & damni æstimationem evitaret: indignus itaque efficitur facultate dedendi, & damnum præstare cogitur. Idem ait Julianus evenire, si dominus dolo fecerit, quominus servus in ejus esset potestate. Ratio est, quia videtur servum nolle dedere noxæ qui fecit ut intelligeretur se noxæ dedere eum non posse.

III. Hucusque locuti sumus de servo absente, & domino præsente. E contrario, si servus præsens est, dominus abest; nec quisquam servum defendit, ducendus est jussu Prætoris, id est, nemine defendente, agens ex noxali causa, jussu Prætoris servum ducit, *l. item* 6. *de Publ. in rem act.* quia non est qui damni æstimationem præstet; nec aliter satisfieri potest, nisi actor ad se ducat servum. Sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius, & Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat, *hac nostra l. & l. electio* 26. *§. si absente* 6. *de nox. act.* Observanda sunt illa verba, *causa cognita*, id est, postulante causa, ut restitutioni in integrum sit locus, & indulgentiæ Prætoris, *dicta l. electio* 26. *§. si absente* 6. *de nox. act.* Cum autem restitutio in integrum sit reintegrandæ rei vel causæ actio, Paulus, *Lib. I. Sentent. tit.* 7. *§.* 1. si cautio ex una parte, domini scilicet, restituitur, ex alia etiam restituitur. Recte itaque sic colligit idem Paulus, *hac nostra lege. Ergo & actori actio restituenda est perempta, eo quod ductus servus in bonis ejus esse cœpit.* quorum verborum sensus hic est. Actori actio jam peremta fuit, propterea quod ejus intentio erat, aut servum ducere, aut damni æstimationem accipere; servum duxit, eumque habuit in bonis jussu Prætoris: jam igitur peremta fuit actio, quia per eam quod intendebat, consecutus est: deinde per in integrum restitutionem restituitur servus, redit igitur res ad pristinum statum, ac proinde iterum incipit

incipit actor habere actionem noxalem: nam restitutio mutua est, sive ut Paulus, *I. Sententiarum* loquebatur, restitutio ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat, *l. quod si* 24. *§. sed & si* 4. *de min. vigint. quinq. ann.* In bonis *in nostra lege* is servus fuisse dicitur, qui in dominio actoris jam fuit; ductio enim illa, licet a Prætore facta fuisset; tamen ex legis XII. Tabular. interpretatione facta fuit, ex qua deditio descendit.

ULPIANUS Libro quarto ad Edictum. in l. juris gentium 7. §. sed si servus 18. de pactis.

Sed si servus sit, qui paciscitur priusquam libertatem & hereditatem apiscatur, quia sub conditione heres scriptus fuerat, non profuturum pactum Vindius scribit: Marcellus autem Libro octavo decimo digestorum, & suum heredem, & servum necessarium purè scriptos, paciscentes priusquam se immisceant putat rectè pacisci. quod verum est. Idem & in extraneo herede: qui si mandatu creditorum adierit, etiam mandari putat eum habere actionem. sed si quis, ut supra retulimus, in servitute pactus est, negat Marcellus. quoniam non solet ei proficere si quid in servitute egit, post libertatem. quod in pacti exceptione admittendum est. Sed an vel doli ei prosit exceptio? quæritur. Marcellus in similibus speciebus licet antea dubitavit, tamen admisit. ut puta filius familias heres institutus pactus est cum creditoribus, & emancipatus adiit hereditatem: & dicit doli eum posse uti exceptione. Idem probat & si filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus sit. nam & hic doli exceptionem profuturam. Immo & in servo doli exceptio non est respuenda.

COMMENTARIUS.

I. Ut creditores incitent futuros suos debitores ad adeundam hereditatem, pactum interponi solet, *ut minus solvatur*: idque pactum nemo dubitat, quin valere debeat in extraneo herede instituto, *nostra l. juris gentium* 7. *§. si ante aditam* 17. *de pact. l. primo gradu* 23. *quæ in fraud. credit.* ubi id fieri dicitur famæ defuncti conservandæ gratia. Enim vero si heres mandatu creditorum adierit; etiam mandati putat Marcellus eum habere actionem, *hac nostra lege.*

II. De suo herede, & servo herede necessario videamus. Hi aut pure, aut sub conditione possunt institui. Marcellus *Libro octavodecimo Digestorum* & suum heredem, & servum necessarium pure scriptos, paciscentes, priusquam se immisceant, putat recte pacisci: quod verum existimat Ulpianus, *hac nostra l.* Sed finge filiumfamilias, qui heres institutus fuerat, quique dum esset in potestate patria, cum creditoribus pactus fuerat, emancipatum postea adiisse hereditatem. Dubitavit aliquando Marcellus an emancipato

cipato filio hoc pactum prodesset; postea tamen admisit prodesse: & dixit, doli eum posse uti exceptione. Idem probavit, & si filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus sit; nam & hic, docuit, doli exceptionem profuturam. Atque hæc obtinent in filiofamilias, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit; dummodo si sub conditione institutus sit, sub contraria exheredetur, ut institutio valeat.

III. Sed si sit servus qui sub conditione heres scriptus fuerit; & paciscitur priusquam libertatem, & hereditatem adipiscatur, non profuturum pactum Vindius scribit. Rationem reddidit Marcellus, quoniam non solet ei proficere si quid in servitute egit, post libertatem. Adde *l. quod attinet* 32. *de div. reg. jur.* quod in pacti exceptione admittendum est ex sententia Ulpiani.

IV. Sed si quæratur, an doli ei prosit exceptio, postquam Ulpianus allegavit similes species de filiofamilias herede instituto, & postea emancipato adeunte, itemque de filiofamilias vivo patre cum creditoribus paternis pacto, in quibus licet post aliquam dubitationem, Marcellus tandem admisit doli exceptionem: concludit ita Ulpianus, *immo & in servo doli exceptio non est repuenda.*

V. Prosequitur Ulpianus *in* §. *seq.* hoc modo. *Hodie tamen* (id est post Divi Marci Constitutionem, cujus meminit idem Ulpianus *eod. Lib. IV. ad Edictum in l. rescriptum* 10. & Papinianus, *Lib. X. Responsor. in l. majorem* 10. *de pactis*) *Hodie tamen*, inquit, *ita demum pactio hujusmodi (ut minus solvatur) creditoribus obest, si convenerint in unum, & communi consensu declaraverint, quanta parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc Prætoris partes necessariæ sunt, qui decreto suo sequetur majoris partis voluntatem.* Quænam autem sit major pars, docuit Papinianus scribens, majorem esse partem, pro modo debiti, non pro numero personarum placuisse, *l. majorem* 8. *de pact.* idque multo ante placuit in similibus casibus, *l. si plures* 14. *depositi l. cum bona* 16. *de reb. auct. jud. poss.* Quod si æquales sint in cumulo debiti; tunc plurium numerus creditorum præferendus est, *dicta l. majorem* 8. *de pact.* Cumulum debiti & ad plures summas referemus, si uni forte minutæ summæ centum aureorum debeantur, alii vero una summa aureorum quinquaginta: nam in hunc casum spectabimus summas plures: quia illæ excedunt in unam summam condunatæ. Summæ autem applicare debemus etiam usuras, Ulpianus, *l. si plures* 9. §. *cumulum* 1. & *seq. de pact.* In numero autem pari creditorum, auctoritatem ejus sequetur Prætor, qui dignitate inter eos præcellit. Sin autem omnia undique in unam æqualitatem concurrant (numerus scilicet creditorum, & dignitas) humanior sententia a Prætore eligenda est. hoc enim ex Divi Marci Rescripto colligi potest, Papinianus, *dicta l. majorem* 8. *de pact.* Humanior, inquit, sententia a Prætore eligi debet, quia in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, *l. si fuerit* 10. §. *plane* 1. *de reb. dub.*

VI. Si

VI. Si plures ſint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta, plures ſunt rei ſtipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina ſimul facta ſunt, unius loco numerabuntur; quia unum debitum eſt, Paulus, *l. ſi plures 9. de pact. & in l. ſi duo 13. de recept. arbitr.* Ulpianus, *l. in duobus 3. §. ubi 1. de duob. reis.* Et cum tutores pupilli creditores plures conveniſſent, unius loco numerantur: quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non & unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum prætendentium ſi convenerit, placuit unius loco eſſe: nam difficile eſt ut unus homo duorum vicem ſuſtineat: nam nec is qui plures actiones habet adverſus eum, qui unam actionem habet, plurium perſonarum loco accipitur, *l. ſi plures 9. de pactis.*

VII. Reſcriptum autem Divi Marci ſic loquitur quaſi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo ſi quidam abſentes ſint. Num exemplum præſentium abſentes ſequi debeant. Sic interrogat Ulpianus, *l. reſcriptum 10. de pactis.* & expreſſe nihil reſpondet. Interrogationi autem tacita inhæret reſponſio, quod non ſemel Juriſconſulti faciunt. Et ut alios omittam, familiare hoc fuit Tryphonino, ut videre eſt in *l. non ſolum 67. §. ſed ſi 2. de ritu nupt.* juncta *l. tria 5. de excuſat. & in l. videamus 27. de liber. leg.* in quo imitati videntur Ariſtotelem *in Problematis.* Ulpiani ſententia hæc eſſe videtur. Omnes creditores convocari debent: ſed omnium præſentia neceſſaria non eſt; ne quorundam mora fiat, ut aliis depereat occaſio ſervandi debiti.

VIII. Atque hoc obtinet reſpectu eorum, qui non ſunt privilegiarii. Sed quid, ſi tales ſint? Siluit Divus Marcus in Conſtitutione ſua. At Ulpianus in *dicta l. reſcriptum 10. de pactis* putavit, etiam his, ſi non habeant hypothecas, præſentium conſenſu præjudicium fieri. Movit eum præſertim Reſcriptum D. Pii jubentis, Fiſcum quoque in his caſibus, in quibus hypothecas non habet, ut & ceteros privilegiarios exemplum creditorum ſequi oportere. Nec quicquam obſtat, remiſſius eſſe Divi Pii Reſcriptum, quàm forma a D. Marco data, ut jam notavit Ulpianus; nam ut Tertullianus docuit, antiquiores leges ad poſteriores trahi uſitatum eſt; & ſemper quaſi hoc legibus ineſſe oportet, ut ad eas quoque perſonas, & ad eas res pertinerent, quæ quandoque ſimiles erunt, *l. ideo 27. de leg. juncta l. ſeq. ejuſd. tit.*

IX. Caute tamen accipienda eſt Ulpiani definitio in dicta *l. reſcriptum 10. de pactis.* Non enim ait, abſentibus ſuum privilegium ea creditorum pactione auferri, quod non ita eſſe dicimus ex Paulo, *l. ſi præcedente 58. §. Lucius Titius 1. mand.* Tantum ait Ulpianus, ipſos ſequi præſentium creditorum exemplum: id eſt, oportere eſſe debiti parte contentos. Quamobrem ſi univerſi creditores nequeant debitam ſingulis eorum partem, poſt pactionem deinde ab herede conſequi, ob ejus inopiam, aut aliquem fatalem caſum inſecutum: adhuc placet privilegiarios in debiti portione præ-

 ferri

ferri reliquis creditoribus chirographariis. Quod si ita se habet, apparet eos privilegium quod habent inter personales creditores eorum pactione non amittere: non magis quàm hypothecarii creditores ea pactione jus hypothecæ amittunt. Atque hoc sensu Paulus in *dicta l. si praecedente* 58. §. *Lucius Titius* 1. *mandat.* privilegium cum hypotheca comparat: inter quæ alioquin hæc notabilis est differentia, quòd creditoribus hypothecariis, ne in debiti quidem portione ceterorum conventione præjudicatur: privilegiariis vero etsi in privilegio non noceatur; tamen in debiti portione nocetur. Utrumque recte: quippe, cum hypothecarii pro vindicanda hypotheca habeant specialem in rem actionem: contra privilegiarii, non habent aliam, quàm unam in personam defuncti debitoris.

ULPIANUS Libro quinto ad Edictum. in l. si quis ex aliena 5. de judiciis.

Si quis ex aliena jurisdictione ad Prætorem vocetur, debet venire, ut & Pomponius & Vindius scripserunt, prætoris est enim æstimare an sua sit jurisdictio, vocati autem, non contemnere auctoritatem prætoris. nam & legati ceterique qui revocandi domum jus habent, in ea sunt causa ut in jus vocati veniant, privilegia sua allegaturi.

COMMENTARIUS.

I. Ex quacumque causa ad Prætorem, vel alios, qui jurisdictioni præsunt, in jus vocatus venire debet: ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio ejus sit, *l. ex quacumque* 2. *si quis in jus vocat. non ierit.* Non sufficit ergo allegare, se esse ex aliena jurisdictione, ut Vindius, & Pomponius scripserunt, probavitque Ulpianus, *Libro V. ad Edictum*, ubi egit *de in jus vocando*, his additis rationibus. *Prætoris est enim æstimare, an sua sit jurisdictio: vocati autem non contemnere auctoritatem Prætoris.* Et hoc in tantum procedit, ut & legati, ceterique, qui revocandi domum jus habent, in ea sint causa, ut in jus vocati veniant, privilegia sua allegaturi. Potuerunt enim legati post legationem contrahere, quo casu non sunt privilegiarii, *l. consensisse* 2. §. *legatis* 3. §. *omnes* 4. *de judiciis.* Et cum hoc casu locus sit dubitationi, ipse Prætor debet causa cognita statuere, *dicta l. consensisse* 2. §. *sed & si* 6. *de judic.* Sed ut ad Vindii nostri sententiam redeam, excipe casum, quo Prætor certus sit, aut certus esse debeat de suæ jurisdictionis termino, sive modo, & eum excedat. Nam, ut ait Paulus, *l. ult. de jurisd. extra territorium jus dicenti impune non paretur.* Idem est & si supra jurisdictionem suam jus velit dicere: ut olim si de majori summa fideicommissi agendum erat. nam docente Quinctiliano *Inst. Orator. Lib. III. cap.* 6. *Non debes apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud Consules; major enim Prætoria cognitione summa est.*

MÆCIA-

MÆCIANUS Libro nono Fideicommissorum. in l. pœnales actiones 32. §. si Titio 4. ad legem Falcidiam.

Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, cum ipse quoque quinque Sejo rogatus esset restituere: Vindius noster tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum ait, quantum Titio ex viginti detractum esset. quæ sententia & æquitatem & rationem magis habet: quia exemplo heredis legatarius ad fideicommissa præstanda obligabitur. nec quia ex sua persona legatarius inducere legem Falcidiam non possit, idcirco, quod passus esset, non impetraturum. nisi fortè testator ita ejus fidei commisisset, ut totum quidquid ex testamento cepisset, restitueret.

COMMENTARIUS.

I. Titio viginti legata fuerunt, isque Sejo quinque rogatus est restituere. legatum Titii per legem Falcidiam deminutum est: quæritur, an fideicommissum etiam deminui debeat? Vindius ait, tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum, quantum Titio ex viginti detractum esset: quæ sententia Mæciano placuit, eodemque teste, & æquitatem, & rationem magis habet, quàm contraria: quia exemplo heredis legatarius ad fideicommissa præstanda obligabitur: nec quia ex sua persona legatarius inducere Legem Falcidiam non possit, idcirco quod passus esset, non impetraturum ait Mæcianus; non enim id imputat, quia Falcidiæ detrahendæ jus habeat; sed quia æquum non est, ut legatarii portio minuatur, non item fideicommissarii; cum utrique certa summa legata sit. Nec est ratio cur summa summæ præferatur. Sic si mihi Stichus legatus esset, fideique meæ commissum, ut *aut Stichum, aut Pamphilum meum servum redderem*, & in Sticho aliquid ex legato propter legem Falcidiam perdidissem; necesse habeo, aut Pamphilum servum meum totum Titio dare; aut eam partem Stichi, quàm legatorum nomine accepero, *l. si mihi 97. de legat.* I. Pamphilum totum, quia præfero hunc, quàm Stichum dare; Stichi tantum partem, quia non cogor plus præstare, quàm acceperim. Perdito autem aliquo ex legato propter legem Falcidiam, eo minus accipio, quo plus perdidi. Verum hic casus dubitationem non habet: redeamus ad speciem superiorem, in quo & legatario, & fideicommissario certa summa legata est: Mæcianus excipit, *nisi forte testator ita fidei ejus* (Titii) *commisisset, ut totum quidquid ex testamento cepisset, restitueret*: ut puta, si legatarius viginti restituere jussus sit. Est & alia exceptio, cum legatario fundus, fideicommissario certa pecuniæ summa legata est, ut decem annua, quo casu decem annua non minuuntur, etiamsi fundi legatum minuatur. Ratio est, quia valor decem est certus, hicque ut talis relictus est;

eſt; fundi valor, incertus, certe a teſtatore indefinitus, adeoque hic deminui debet. Tractatur hæc ſpecies a Scævola duobus in locis, nimirum in *l. liberto* 21. *§. a liberto* 1. *de annuis legat.* & in *l. maritum* 25. *§. a liberto* 1. *ad leg. Falcid.* ubi Scævola etiam ait, id ita obtinere, niſi alia mens teſtatoris probetur.

GREGO-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI,

FUFIDIUS:

SIVE AD

FUFIDII, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE FUFIDIO, JURISCONSULTO.

JACOBUS Cujacius *Obſerv. Lib. I. cap.* 9. ſuſpicatus eſt, Juriſconſultum Fufidium forſitan fuiſſe L. illum Fufidium, quem M. Tullius libro *De Claris Oratoribus*, *cap.* 29. dixit, in aliquo patronorum numero fuiſſe, eundemque fuiſſe L. illum Fufidium (male vulgo legitur Fuſidius) ad quem Scaurus de Vita ſua ſcripſit, teſte Plinio, *Lib. XXXIII. cap.* 1. quod Cicero ante Plinium ſcripſerat laudato loco. Sed utrumque falſum eſt. Nam Fufidius ſcripſit poſt legem Æliam Sentiam Auguſti tempore latam, uti colligitur ex *l. ult. de manum. vind.* ſi vera eſt Florentina lectio, quam præfero, ſecundum quam legitur Fufidius, non Aufidius. Et ſi hoc argumentum non obſtaret, poſſet etiam dici, Juriſconſultum Fufidium fuiſſe Q. illum Fufidium, cujus meminit Cicero *Lib. XIII. epiſtolar. ad familiares*, *epiſt.* 11. Hoc certiſſime affirmare poſſumus, Atilicino Fufidium recentiorem fuiſſe, & antiquiorem Africano argumento *l. apud Fufidium* §. *de auro arg. leg.* ubi

ubi Africanus laudat Phuphidium (nihil intereſt littera Græca, aut Latina nomen hoc ſcribatur, cum *Ph* ſcilicet aut *F*) Quæſtionum libro ſecundo allegantem *Atilicinum*, qui coævus fuit Proculi, & fortaſſe eo junior, utpote eum per epiſtolam conſuluit, *l. Atilicinus* 17. *de pactis dotalibus*. Africanus autem fuit amicus, & fortaſſe etiam diſcipulus Juliani, quem per epiſtolas conſulebat, *l. ſive contra* 3. §. *& quid* 4. *de agnoſ. & alend. liber. l. cum ſervus* 39. *in princ. de leg.* 1. Quæ igitur in Ciceronis *Oratione in Piſonem, cap.* 35. de Fufidio quodam, & apud Horatium, *Satirar. Lib. I. ſat.* 2. de alio Fufidio dicuntur, aliena ſunt a Fufidio noſtro, qui potuit eſſe Fufidius Pollio, qui Conſul fuit cum Servilio Pudente, A. æræ Chriſtianæ CLXVI. ſub M. Aurelio & L. Vero Imperatoribus, ut videre eſt apud Muratorium *pag. CCCXXXVI. num.* 2. Et nihil obſtat quominus vivente adhuc Africano Juriſprudentiæ laude floruerit.

AFRICANUS Libro ſecundo Quæſtionum. in l. apud Fufidium 5. *de auro, argento, mundo legatis.*

Apud Fufidium Quæſtionum libro ſecundo ita ſcriptum eſt: Si mulier mandaverit tibi, ut ſibi uniones uſus ſui cauſa emeres: ſi tu poſt mortem ejus, cum putares eam vivere, emeris: Atilicinus negat eſſe legatos ei cui mulier ita legaverit, Ornamenta, quæ mea cauſa parata ſunt, eruntve. non enim ejus cauſa videri parata eſſe, quæ jam mortua ea empta fuerint.

COMMENTARIUS.

I. Tibi mulier mandavit, ut ſibi uniones, id eſt, margaritas, hiſpane, *perlas*, uſus ſui cauſa emeres. Poſt hoc mandatum, cum teſtamentum faceret mulier, ita Titio legavit. *Ornamenta quæ mea cauſa parata ſunt, eruntve, Titio lego.* Deceſſit mulier: & cum ejus obitum ignorares, emiſti uniones. Tua mortis ignorantia facit, ut ultro citroque ſit mandati actio, licet alias mandatum morte mandantis finiatur §. *recte Inſt. mand.* Ergo heredibus mariti teneris, ut uniones præſtes, & ipſi viciſſim debent tibi pretium dare. Hæc certiſſima ſunt. Quæritur autem, an heredes inter ornamenta cetera præſtare Titio debeant uniones emtos. Atilicinus negavit. Ornamenta enim legata fuerunt, quæ tempore ſcribendi teſtamenti mulieris cauſa parata eſſent, aut pararentur poſtea, dum ipſa viveret. Uniones autem etiamſi ementis opinione in uſum mulieris emti; re vera tamen in ejus uſum non emti, cum emtionis tempore jam non viveret mulier. Ineſficax igitur hoc legatum eſt, quando non poſſit vere dici, ejus cauſa paratum videri, quæ prius deceſſit, ut Africanus ajebat, *l. qui tibi* 2. *de auro, arg. leg.* quæ lex ex eodem *Lib. II. quæſtionum*, ac noſtra, deſumta eſt.

II. Orna-

II. Ornamenta muliebria, ut traditur in *l. argumento* 25. §. *ornamenta* 10. *de aur. arg. leg.* sunt quibus mulier ornatur, veluti inaures, hispane, *cercillos*, sive *pendientes*, quarum antiquitas observari potest Genes. *cap. XXI.* ỽ. 22. armillæ (de cujus vocis etymo consulendus Festus) id est, brachialia, ut ait Priscianus, *Lib.* in *Virgil. pag.* 1220. Ciceronem allegans in IV. *de Republ.* hispane, *manillas*, sive *brazales*, diminutive, ut fere solent nominari, *brazaletes*. B. Cyprianus de habitu Virginum. *Non inferantur auribus vulnera, nec brachia includantur armillis*, & eodem Libro. *An vulnera inferri auribus Deus voluit, quibus innocens adhuc infantia, & mali secularis ignara crucietur, ut postea de aurium cicatricibus, & cavernis pretiosa grana* (id est, *inaures*) *dependeant.* Imam aurium partem pro appendendis inauribus perforabant. Et ideo Tertullianus *de habitu muliebri, cap.* 9. *Graciles aurium cutes Calendarium expendunt.* fiebant inaures (ut nunc, omnia enim luxuriæ instrumenta ab exteris nationibus accepimus) ex margaritis, uti testatur Plinius, *Lib. IX. cap.* 35. fiebant item ex auro, Job. *cap. XLII.* ỽ. 11. Judic. *cap. VIII.* ỽ. 24. Proverb. *cap. XXV.* ỽ. 12. Erant inaures communes tam viris, quàm feminis. Plinius, *Lib. IX. cap.* 35. *Sed quota hæc portio est reputantibus purpuras, conchylia, margaritas. Parum scilicet fuerat in gulas condi maria, nisi manibus, auribus, capite, toto corpore a feminis juxta virisque gestarentur.* idem Plinius inter utrumque sexum earundem usum ita distinguit, *Lib. XI. cap.* 37. ut viros præcipue in Oriente eis delectari dicat. *Aures homini tantum immobiles. Ab iis Flaccorum cognomina. Nec alia parte feminis majus impendium, margaritis dependentibus. In Oriente quidem & viris, aurum gestare eo loci, decus existimatur.* Apulejus *de Dogm. Platon. Auri tantum, quantum puer nobilitatis insigne in auricula gestavit.* In homines autem Christiano zelo B. Augustinus invehitur, *Epist. Lib. II. epist.* 79. *Execranda autem superstitio ligaturarum, in quibus etiam inaures virorum in summis ex una parte auriculis suspensæ deputantur, non ad placendum hominibus, sed ad serviendum Dæmonibus adhibetur.* Et mox. *Quid autem cum iis agendum sit, si solvere inaures timent, & corpus Christi cum signis diaboli accipere non timent?* Hunc autem auri & gemmarum abusum interdixit viris Alexander Severus, apud Lampridium, *Gemmarum quod fuit, vendidit, & aurum in ærarium contulit, dicens gemmas viris usui non esse: matronas autem regias contentas esse debere uno reticulo, atque inauribus, & baccato monili, & corona cum qua sacrificium facerent, & unico pallio auro sparso, & cyclade quæ sexunciis auri plus non haberet.* Quamvis autem inaures viris prohibitæ fuerint, inter ornamenta mulieribus licita remanserunt, & ut talia recensuit Ulpianus, *l. argumento* 25. *l. scribit* 34. *de auro arg. leg.* Et inter Romanos hæc aurium insignia matronis adjudicata legimus apud Valerium Maximum, *Lib. V. cap.* 2. *exempl.* 1. *Marcium* (inquit) *Coriolanum patriam oppugnare conantem, admotoque portis Urbis ingenti Volscorum exercitu, funus ac tenebras Romano imperio minitantem; Veturia mater, & Volumnia uxor nefarium*

farium opus exsequi precibus suis passæ non sunt, in quarum honorem Senatus matronarum ordinem benignissimis decretis adornavit. Sanxit namque uti feminis semita viri cederent, confessus plus salutis Reipublicæ in stola, quàm in armis fuisse: vetustisque aurium insignibus novum vittæ discrimen adjecit. Inaures autem inter ornamenta numerari, antiquissimum est. Unde Ezech. *cap.* 16. ℣. 12. *Et ornavi te ornamento, & dedi armillas in manibus tuis, & torquem circa collum tuum. Et dedi inaurem super os tuum, & circulos auribus tuis, & coronam decoris in capite tuo.*

III. *Viriolæ*, quarum etiam fit mentio in *l. quid tamen* 14. *de contr. emt.* Brachialia etiam, ut exponunt Glossæ Isidori, alio nomine Armillæ. B. Isidorus *Etymol. Lib. XIX. cap.* 31. *Armillæ autem proprie virorum sunt, collatæ victoriæ causa militibus ob armorum virtutem. unde & quondam vulgo Viriolæ dicebantur.* Glossa Cyrilli ψέλιον, *viriola, armilla.* Hispane, *manillas.* Est autem *viriola* diminutivum a *viria*, ut patet ex illo B. Ambrosii, *Lib. de Abraham Patriarcha, cap.* 9. *Has inaures habebat, quæ non gravarent aures: has virias, quæ manum non materiali auro ornarent, sed spirituali actu levarent.*

IV. *Annuli præter signatorios*; etenim ut Paulus *Lib. II. ad Edictum ædilium curulium* ajebat signatorius annulus ornamenti appellatione non continetur, *l. signatorius* 74. *de verb. sign.* Ratio est, quia annulus signatorius, non habebatur ornandi, sed signandi causa, iis enim signum imprimebatur, *l. ad testium* 22. *§. si ab ipso* 2. *qui test. fac. poss. l. in fraudem* 15. *§. sicut* 1. *de test. mil. l.* 1. *Cod. de test. §. sed prædicta* 2. *§. possunt* 5. *Inst. de test. ordin.* quò referri debet *lex cum pater* 77. *§. pater* 21. *de legat.* 2. *& l. lege Cornelia* 30. *de lege Corn. de fals.*

V. Ornamentorum nomine veniunt ea quæ diximus, *& omnia quæ ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa: quo ex numero etiam hæc sunt, aurum, gemmæ, lapilli, quia aliam nullam in se utilitatem habent.* Huc usque Ulpianus in *d. l. argumento* 25. *§. ornamenta* 10. *de auro arg. leg.* cui consonat quod scripsit Paulus *Lib. III. Sent. tit.* 6. *de legatis §.* 84. in hanc sententiam. *Ornamentis legatis ea cedunt per quæ ornatior efficitur mulier; veluti annuli, catenæ, reticuli, & cetera, quibus collo, vel capite, vel manibus mulieres ornantur.*

VI. Ut vero ad Ulpianum redeam, postquam in *l. argumento* 25. *§. ornamenta* 10. exposuit, quid mundus muliebris contineat, quod explicare nos omittimus; sic de ornamentis loqui pergit *in eod. §. Ornamentorum hæc, vittæ, mitræ, semimitræ, calautica, acus cum margarita, quam mulieres habere solent; reticula, crocufantia.* Omnia hæc explicemus.

VII. *Vitta* erat fascia, qua circum caput crines religabantur. B. Isidorus *Etymol. Lib. XIX. cap.* 31. *Vittæ sunt, quæ crinibus innectuntur, quibus fluentes religantur capilli, & vittæ dictæ quod vinciunt.* Erat gestamen matronarum, atque per illam in primis discernebantur a virginibus. Plautus in *Milite glorioso, Actus III. sc.* 1. ℣. 196.

Uti-

Digitized by Google

Utique eam huc ornatam adducas matronarum modo:
Capite compto crines vittasque habeat assimuletque se
Tuam esse uxorem.

Virgilius *Æneid. Lib. VII. versu* 400.

Clamat: Io matres, audite ubi quæque, Latinæ.
Si qua piis animis manet infelicis Amatæ
Gratia, si juris materni cura remordet;
Solvite crinales vittas.

Sumebant vittas nuptiarum die, Propertius, *Lib. IV. Eleg.* 3.

Quæ mihi deductæ fax omen prætulit, illa
Traxit ab everso lumina nigra rogo:
Et Stygio sum sparsa lacu, nec recta capillis
Vitta data est. nupsi non comitante Deo.

Sumebant, inquam, vittas duplices: nam cum essent virgines, habebant simplicem, quam virgineam appellabant. Virgilius, *Æneid. Lib. II. versu* 168.

Virgineas ausi divæ contingere vittas.

Valerius Flaccus, *Lib. VIII. versu* 6.

Ultima virgineis tunc flens dedit oscula vittis.

Quam vittarum distinctionem confirmat Propertius, *Lib. IV. Eleg.* 12. *versu* 33.

Mox ubi jam facibus cessit prætextu maritis,
Vinxit, & acceptas altera vitta comas,
Jungor Paulle tuo sic discessura cubili.

VIII. Hujus distinctionis originem indicat Valerius Maximus, *Lib. V. cap.* 2. eo quod antea allegavimus testimonio, ubi de Coriolani matre, & uxore loquens, ait. *Sanxit namque* (Senatus) *uti feminis semita viri cederent: confessus plus salutis reipublicæ in stola, quàm in armis fuisse: vetustisque crinium insignibus novum vittæ discrimen adjecit.* Per vittas etiam matronæ a meretricibus discriminabantur. Tertullianus *de cultu feminar. cap.* 12. *Quid minus habent infelicissimæ illæ publicarum libidinum victimæ, quas si quæ leges a matronis, & matronalibus decoramentis coërcebant, jam certe seculi improbitas quotidie insurgens honestissimis quibusque feminis usque ad errorem dignoscendi coæquavit?* Quid enim aliud matronalia decoramenta, quàm vittæ, stola, instita? unde explicanda est *lex item* 15. §. *si quis* 15. *de injuriis.* Hinc castas ab impuro scripto removet Ovidius *de Arte amator. Lib. I. versu* 31.

Este procul vittæ tenues, insigne pudoris,
Quæque tegis medios instita longe pedes.

Mos hic e Græcia Romam migrasse videtur. Signatæ enim apud Athenienses meretrices, pariter veste a matronis discretæ, ut notat Suidas in v. Εταιρῶν, sed antea apud Hebreos invaluit, *Genes. cap. XXXVIII.* ℣. 14. & 15.

IX. *Mitras* Servius explicat, *Lib. IV. Æneid. versu* 215. ad illud.

Et nunc ille Paris cum semiviro comitatu,
Mæonia mentum mitra crinemque madentem
Subnixus, rapto potitur.

ubi sic ait. *Mæonia mitra, Lydia: nam utebantur & Lydii Mitra. Hoc est, incurvo pileo: de quo pendebat etiam buccarum regimen. Sane, quibus effœminatio crimini dabatur, etiam mitra eis adscribebatur: multa enim lectio mitras proprie meretricum esse docet. Ergo ex habitus qualitate mutuatur invidiam: eum enim non jam effœminatum, velut meretricem, appellat, quod est inimici, non mulieris tantum; sed etiam meretricem vocat.* Præterea idem Servius ad illud *Æneidos Lib. IX. versu* 616.

Et tunicæ manicas, & habent redimicula mitræ.
O vere Phrygiæ, neque enim Phryges.

Illud dicturus fuerat: Habetis in pileis redimicula: quod convertit in vituperationem majorem, dicens: Religatas habetis mitras. Nam pilea, virorum sunt: mitræ, feminarum, quas calanticas dicunt. Mitra autem proprie Lydorum fuit, ut: Mænia mentum mitra: quem habitum imitati sunt Trojani. Alii Mitras meretricum esse voluerunt, quod hic est tanquam effeminatis objectum. In eandem sententiam incidit illud Ciceronis de *Harusp. respon. cap.* 21. *P. Clodius a crocota, a mitra, a muliebribus soleis, purpureisque fasciolis, a strophio, a psaltrio, a flagitio, a stupro, est factus repente popularis.* Porro quod Cicero innuit, & Servius docet, Mitras mulierum esse proprias, docet etiam Ulpianus, *l. vestis* 23. *§. vestimenta* 2. *vers. muliebria de auro arg. legat.* additque ibidem, *Mitras magis capitis tegendi, quàm ornandi causa esse comparatas*: id est, potius inter vestes, quàm inter ornamenta referri. Sed nimirum destinatio utentis facit, ut inter ornamenta, aut vestes numerentur: etenim, ut Paulus ajebat, *l. quamvis* 26. *de aur. arg. leg. quamvis quædam ex veste magis ornatus gratia, quàm quo corpus tegant, comparentur: tamen quod eo nomine sint reperta, potius habenda esse vestis numero, quàm ornamentorum. Similiter ornamentorum esse constat, quibus uti mulieres venustatis, & ornamentorum causa cœperunt: neque referre, si quædam eorum alium quoque usum præbeant, sicuti mitræ, & anademata; quamvis enim corpus tegant, tamen ornamentorum, non vestis esse.* Hactenus Paulus, qui cum de Mitra, muliebri ornamento, loquitur, intelligi etiam potest loqui de illo capitis muliebris redimiculo, e quo pendebant fasciolæ, quæ *phylla* dicebantur, quod florum instar dependerent, ut adnotavit Onuphrius in calce libri. *de vocibus ecclesiasticis obscurioribus*: quo sensu Mitra fascia erat citra apicem capillos alligans apud Ovidium, *Heroid. IX.* ℣. 63. Dejanira Herculi.

Ausus es hirsutos mitra redimire capillos.
Aptior Herculeæ populus alba comæ.

X. Cetera quæ Paulus docet memorato loco, sunt apertissima: neque explicatione indigent, si solum illud monuerimus, *Anademata* esse redimicula teste Polluce, *Lib. VII. cap.* 23. Lucretius, *Lib. IV. versu* 1122.

Et

Et bene parta patrum fiunt Anademata, Mitræ.

Redeamus ad Mitras. Admonuit Servius loco supra laudato, *Calanticas dici.*

XI. *Semimitræ* quid ſint explicatione non eget.

XII. *Calantica* idem eſt, ac Mitra, ut à Servio didicimus, & docuit etiam Auſonius in *Periocha Odyſſeæ V.* inde *decalanticare* Lucilio, id eſt, calanticam detrahere, apud Nonium in *v. depeculaſcere.* Diſputent autem Grammatici, *Calanticane*, an *Calantica*, dici debeat propter Ciceronis illud teſtimonium a Nonio adductum. *Calantica* (inquit) *eſt tegmen muliebre, quod capiti innectitur. M. Tullius in Clodium: Tunc, cum vincerentur pedes faſceis, cum calanticam capiti accommodares?*

XIII. *Acus* dicitur, qua ſarcinatrix, vel etiam ornatrix utitur, Feſtus in *acus.* Poſteriore ſignificatione hic accipitur, idemque eſt ac diſcerniculum; nimirum acu diſcernebantur, diſtinguebantur capilli; atque ideo Apulejus *acum crinalem* vocavit, *Lib. VIII. Metam.* & alibi, *acum comatoriam*, ſicut & Petronius. Marcianus Capella, *Lib. IX. crinale ſpiclum* vocavit, volens ſagittam ex pharetra cupidinis depromtam pro crinali ſpiculo eſſe nubenti Philologiæ.

Crinale ſpiclum pharetris deprome Cupido,
Libens capillum ſolvere.

Ejus geminus erat uſus: prior erat capillum diſtinguere: unde aliter *diſcerniculum* dicebatur ſecundum Lucilium teſte Nonio in *diſcerniculum*; & *diſcriminale*, docente B. Iſidoro, *Etymol. Lib. XI. cap.* 1. Acu mulieres crinem a fronte dividebant: atque hoc diſcrimine a Virginibus diſtinguebantur. nam virgines cirratæ erant; mulieres autem crines a fronte diviſos gerebant. Tertullianus *de velandis virginibus, cap.* 12. *ſimulque ſe mulieres intellexerunt, de virginibus educantur, a capite quidem ipſo deponentes quod fuerunt: vertunt capillum, & acu laſciviore comam ſibi inferunt* (id eſt, acum comæ inferunt) *crinibus a fronte diviſis, apertam profeſſæ mulieritatem.* Alter Acus uſus erat, capillos comtos figere, ac ſuſtinere: nempe hac *in feminis ornandorum crinium compago retinetur, ne laxius fluant, & ſparſi diſſipentur*, ut eam deſcripſit B. Hieronymus in *cap.* 3. *Iſaiæ*, & ex eo excripſit S. Iſidorus, *Lib. XIX. Originum, cap.* 31. Hinc apud Martialem, *Lib. II. epigr.* 66. legimus.

Unus de toto peccaverat orbe comarum
Annulus, incerta non bene fixus acu.

Et apud eundem lemmati huic, *Acus aurea*, diſtichon hoc ſubjicitur, *Lib. XIV. epigr.* 24.

Tenuia ne madidi violent bombycina crines:
Figat acus tortas, ſuſtineatque comas.

Quibus locis indicatur capillos multis orbibus circa acum ſolvi ſolere, ita ut eo fixi continerentur ne fluere poſſent, ut hodie fit. noſtrates vocant, *rodere.*

XIV. Acus

Digitized by Google

XIV. Acus illæ fiebant ex arundine, ebore, ære, argento, auro. illis inseri solebat margarita. ideo Ulpianus ait, acus cum margarita, quam mulieres habere solent. De margaritis autem ipsis, sic ait idem Ulpianus in §. 11. *d. l.* 25. *Margarita si non soluta sunt, vel qui alii lapides, siquidem exemiles sint, dicendum est, ornamentorum loco haberi. Sed & si in hoc sint resoluti, ut componantur, ornamentorum loco sunt. Quod si adhuc sint rudes lapilli, vel margaritæ, vel gemmæ, ornamentorum loco non erunt: nisi alia mens fuit testantis, qui hæc quoque, quæ ad ornamenta paraverat, ornamentorum loco & appellatione, comprehendi voluit.*

XV. *Reticula.* Reticulum est quod colligit comas: dictum ab eo quod retinet crines ne offendantur. Isidorus *Lib. XX. Etymol. cap.*30. Varro, *Lib. IV. de Ling. Lat. & quod capillum retineret a rete reticulum.* Erat igitur reticulum muliebre capitis tegumentum capillos continens, quod hispane dicimus, *cofia*, antea, *capillejo*, & antiquitus, *crespina.* Juvenalis *sat. VI. versu* 96.

Reticulumque comis auratum ingentibus implet.

Antea non mulieres, sed viri, præsertim apud Valentinos reticulo utebantur. nunc etiam illæ.

. . . . *Varium & mutabile semper*
Femina.

Crocufantia idem, ac Latinum reticulum. Vide Glossarium Philoxeni.

XVI. Huc usque dicta de ornamentis muliebribus eleganter confirmat Tertullianus, *Lib. de Habitu muliebri, cap.* 4. *Rerum ipsarum* (inquit) *qualitates examinemus, consilia quoque concupiscentiæ earum deprehendamus. Habitus feminæ duplicem speciem circumfert, cultum, & ornatum. Cultum dicimus, quem mundum muliebrem vocant: Ornatum, quem immundum muliebrem convenit dici. Ille in auro, & argento, & gemmis, & vestibus deputatur: iste in cura capilli, & cutis, & earum partium corporis, quæ oculos trahunt. Alteri ambitionis crimen intendimus; alteri, prostitutionis.* Verum quod Tertullianus ait de vestibus, juri nostro non accommodatur, si meminerimus ejus, quod docuit Paulus, *l. quamvis* 20. *l. ornamentorum* 37. *de auro, argen. legatis*, nam vestes ad distinctam classem referuntur, ut patet ex integro titulo *de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis, & statuis legatis.* Verum hinc discedere non possum quin antea recitem eximiam Aurelii Prudentii ornamentorum descriptionem, qui *Psychomachiæ versu* 447. ita cecinit.

Qua secumque fugax trepidis fert cursibus agmen,
Damna jacent, crinalis acus, redimicula, vittæ,
Fibula, flammeolum, strofium, diadema, monile,
His se Sobrietas, & totus Sobrietatis
Abstinet exuviis miles, damnataque castis
Scandala proculcat pedibus, ne fronte severos
Connivente oculos prædarum ad gaudia flectat.

GAJUS

GAJUS Libro primo de Manumissionibus. in l. ult. de manumis. vindic.

Si Tutoris habendi causa pupillus manumittat, probationis esse causam Fufidius ait. Nerva filius contra sentit. quod verius est. namque perabsurdum est, in eligendo tutore firmum videri esse judicium pupilli, cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctore regitur.

COMMENTARIUS.

I. Quæsitum fuit, an si pupillus tutoris habendi causa, servum manumittere velit; causa hæc manumittendi talis sit, quæ inter justas, quæque a judicibus probari solerent, deberentve, numerari debeat. Fufidius ajebat causam esse probationis, id est, inter eas numerari. Nerva filius contra sensit, & hujus sententiam ut veriorem approbavit Gajus, hac addita ratione: *namque perabsurdum est, in eligendo tutore firmum videri esse judicium pupilli, cujus in omnibus rebus infirmum judicium tutore auctore regitur.* quasi Gajus dixerit: si pupillus adeo infirmum habet judicium, ut omnia negotia tutore auctore peragere debeat; quomodo habebit firmum judicium ad eligendum eum, qui ut dominus omnia administraturus est? At inquies. Potest servus manumitti ut ejus procurator sit, dummodo non minor annis decem & octo sit, *l. si collactaneus* 13. *de man. vind.* §. *justæ autem Inst. qui & quib. ex caus. man. non possunt*; ergo etiam, ut sit tutor. At non ita se res habet. Verum quidem est servum manumitti posse, ut sit procurator, sed ab adolescente, non a pupillo, de quo nobis est quæstio. Permitti autem debuit adolescenti, non pupillo, ob majorem judicii firmitatem. Sic impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere, *l. impuberes* 4. *Inst. de susp. tut. l. impuberibus* 7. *in princ. Dig. eod. l. pietatis 6. Cod. eod.* quia post pubertatem creduntur adolescentes sapere posse, & sapientium hominum jura tractare, *l. ult. Cod. de test. mil.* Præterea ut demus etiam pupillum præsentem, & fandi potentem, ut dominum, procuratorem constituere posse; tamen id non aliter potest facere, quàm tutore auctore, *l. decreto* 24. *de adm. tut. l. neque tutores Cod. de proc.* ab eo autem quod fit tutore auctore ad id quod fit sine eo, nulla illatio esse debet.

II. Præterea adversus Fufidii sententiam argumentum duci potest ex *l. qui habet* 3. §. *si pupillus* 2. *de tutel.* cujus hæc sunt verba. *Si pupillus pupillave cum justo tutore, tutorve. cum eorum quo* (id est, cum aliquo eorum) *litem agere vult, & curator in eam rem* (id est, litem) *petitur, utrum ipsis poscentibus datur, an vero & adversario? Et sciendum est, sive agant, sive*

 conve-

conveniantur, dari hunc curatorem posse; sed non alias quàm si ipse petat, cui dari eum oportet. Denique Cassius libro sexto scripsit, talem curatorem neminem dari posse, nisi præsentem: neque cuique nisi præsenti & postulanti. Itaque infanti non potest dari. Idem Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quominus cum eo agatur, cogi eum (pupillum scilicet poscere curatorem) *a Prætore debuisse.* Putat Giphanius ad *l. adversus 2. Cod. de admin. tutorum, vel curatorum.* Tribonianum in hac Ulpiani lege ex jure novo subjecisse *curatorem* pro *tutore*, qui pupillo ad litem olim erat necessarius, eodem Ulpiano teste, *tit. XI. de tutelis*, cum ait. *Moribus tutor datur mulieri, pupillove, qui cum tutore suo lege, aut legitimo judicio agere vult, ut auctore eo agat.* (ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest) *qui Prætorianus tutor dicitur; quia a Prætore Urbis dari consuevit*, propter sollemnitatem scilicet judiciorum, *l. curatorem 19. de auct. & consen. tut. & cur. l. cum in una 17. §. tutor 1. de appell.* unde manus etiam Triboniani agnosci vult in *l. 1. Cod. de in litem dando tut. vel cur. l. ult. Cod. eod. l. si plures 24. de test. tut.*

III. Verum post hæc scripta, & plusquam viginti quinque annis transactis, animadverti acutissimum Bynkershoekium, *Observ. Jur. Rom. Lib. VII. cap. 13.* sensisse aliter hos textus, Triboniano minime culpato intelligi posse. nam pro causæ ratione & indigentia, modo tutor, modo curator pupillo litigaturo cum tutore suo dabatur: ille in actibus legitimis, in quibus tutoris auctoritas erat necessaria: hic in reliquis aliis, qui sollemnitatem nullam requirebant. Distinctionem hanc debemus Paulo, qui *Libro IX. Responsorum in l. 19. de auct. & consen. tutor. & curator.* scripsit, *curatorem etiam impuberi dari posse: sed ad ea, quæ sollemnitatem juris desiderant, explicanda tutore auctore opus esse.* Animadvertendum est, Tribonianum hoc Pauli fragmentum subjecisse alteri ejusdem Pauli, ubi loquebatur de litibus inter tutorem & pupillum. *sed cum tutor debet pupillo*, (inquit Paulus in *l. præcedenti*) *dicendum est, neque delegari eum, neque procuratorem adversus tutorem dari ipso tutore auctore posse: quia futurum sit, ut auctoritate sua liberetur.* Nunc optime intelligitur Justinianus *§. ult. Inst. de auct. tutor. Si inter tutorem* (inquit) *pupillumque judicio agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest: non prætorius tutor* (ut olim) *constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente, judicium peragitur, & eo peracto, curator esse desinit.* Alludit Justinianus ad ea quæ tradidit Ulpianus *in fragm. tit. 11. de tutelis, §. moribus 24.* ubi dixit, *Moribus tutorem dari mulieri, pupillove, qui cum tutore suo, lege aut legitimo judicio agere vult, ut auctore eo agat. Moribus*, inquit, quia post latas leges XII. Tabularum disputatione fori id introductum fuit a Jurisconsultis: nam actiones composuerunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus, prout vellet, institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: & appellatur hæc pars juris legis Actiones, id

Digitized by Google

id est, legitimæ actiones, teste Pomponio, *l. necessarium* 2. §. *deinde* 6. *de orig. jur.* Quare ex Ulpiani sententia *lege agere* idem est, ac experiri *legis actione* certa sollemnique, aut *legitimo judicio*, ut explicationis gratia subjungit Ulpianus, quod Pomponius diceret, *legitima actione.* Egregie hæc omnia illustrantur a Diocletiano & Maximiano *in l. ult. Cod. de in litem dando tutore, vel curatore*, ubi Tigrani cuidam ita rescripserunt. *Sive ex testamento, sive ex jure legitimo, fratris tui filiorum tutelæ onus ad te perveniat: vereri non debes de his quæstionibus, quas adversus fratrem tuum quondam tibi fuisse dicis: cum si qua emerserit lis, procuratore dato, & illis* (id est, pupillis) *curatore ad litem constituto, & sollemnitati juris* (ubi tutor exigitur) *& indemnitati utriusque prospici possit.* Quid clarius? ubi juris sollemnitas requiritur, tutor datur; ubi non requiritur, curator. Apposite Modestinus, *Lib. VIII. Regular. l. cum in una* 17. §. 1. *de appellat. Tutor* (inquit) *pupillo datus, si provocet* (id est, si appellet, *l. cum quidam* 2. *de tutor. & curat. datis*) *interim pupillo curator dabitur. Sed si tutoris auctoritas necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est*, quia videlicet hereditatis aditio inter actus legitimos recensetur, *l. actus legitimi* 77. *de div. reg. jur.* In eandem sententiam Imperator Antoninus rescripserat cuidam Miltiadi cum pupillis suis litigare volenti. *Si quas* (inquit) *petitiones adversus pupillos tuos habes, dirigere eas potes: adsistentibus causamque defendentibus curatoribus tuis* (plures enim tutores illi pupilli habebant) *cum & si alios tutores non haberent, ad hoc genus litis defendendæ* (nota hæc verba, *ad hoc genus litis*; aliud enim dicendum si juris sollemnitas requireret) *curatores accipere deberent.* Optime igitur disjunctive conceptus est, titulus Codicis: *De in litem dando tutore, vel curatore.*

IV. His præmissis, in quibus fortasse longiusculi fuimus, sic adversus Fufidii sententiam colligi posse videtur. Pupillus sicut olim ad litem, ita hodie ad ea quæ juris sollemnitatem desiderant, poscere debet tutorem; ergo etiam potest eligere. Differentiæ ratio manifesta est. Pupillus infante major videre potest se indigere pupillo, & ad id satis judicii habet. non vero potest discernere, quali judicio egeat, & ad id satis judicii non habet. Poscere itaque potest tutorem in universum. non debet eum designare, qui esse debet, quod est eligere: *namque perabsurdum est*, ut Gajus ait, *in eligendo tutore firmum videri esse judicium pupilli, cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctore regitur.* Alia longe ratio est procuratoris eligendi, *l. collactaneus* 13. *de man. vind.*

PAULUS Libro quinto ad Legem Juliam & Papiam. in l. Fufidius 29. *de reb. auct. Judic. possid. seu vendend.*

Fufidius refert, statuas in publico positas, bonis distractis ejus, cujus in

honorem positæ sunt, non esse emtoris bonorum ejus: sed aut publicas, si ornandi municipii causa positæ sint; aut ejus, cujus in honorem positæ sint. & nullo modo eas detrahi posse.

COMMENTARIUS.

I. Statuæ vel ponebantur publice ornandæ reipublicæ causa, ut hac nostra lege ex Fufidio Paulus refert, & colligitur etiam ex *l. quidam* 17. *§. ult. de usur. l. Quintus* 7. *vers. ad auctoritatem de ann. legat. l. Titius* 14. *de cond. & demonst. l. si legatum* 5. *de oper. publ. l. ult. de loco publ. fruendo, l. ult. Cod. de statuis & imag.* vel ponebantur privatim, ornatus etiam gratia, *l. statuæ* 41. *de usufr.* Nec solum in Provinciis, sed etiam Romæ, & quidem non viris solum, sed etiam feminis positæ fuerunt, teste Plinio *Natur. Histor. Lib. XXXIV. cap.* 6.

II. In privatis locis ponebantur statuæ ubi quisque volebat, modo esset dominus loci, aut domini permissu poneret. Ponebantur igitur in quibuslibet privatis ædificiis, villis, hortis; quod passim legitur. item in monumentis, *l. statua* 27. *de injur. l. si sepulcrum* 2. *de sepul. viol.*

III. Statuarum in publicis locis positarum passim fit mentio. Sic legimus Romæ positas in Capitolio, Plinius, *Lib. XXXIV. cap.* 5. Plutarchus *in initio Bruti*; in foro Romano, sive Latio, Statius *Lib.* 1. *sylv.* 1. in foro Augusti, Suetonius in *Augusto, cap.* 31. in foro Nervæ, Lampridius *in Alexandro Severo*: in foro Trajani, sive Ulpio, Capitolinus in *Marco Antonino*: in Rostris, Cicero *pro Dejotaro, cap.* 12. Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 61. in campo Martio, Suetonius *in Caligula, cap.* 34. in Comitio, Gellius, *Noct. Atticar. Lib. IV. cap.* 5. in Curia, Valerius Maximus, *Lib. IV. cap.* 1. *exemplo* 6. in Palatio, sed raro, Suetonius *in Othone, cap.* 1. in Templis, Dionysius Halicarnasseus, *Antiquit. Romanar. Lib. IV. pag.* 243. Tacitus *Annal. Lib. XIV. cap.* 61. in Circo, Livius *Lib. XXXIX. cap.* 7. in Bibliothecis publicis, Vopiscus *in Tacito*, Sidonius Apollinaris *Epistolar. Lib. IX. epist.* 16. *in carmine.* in porticibus publicis, alterne inter columnas, Ovidius *Tristium, Lib. III. eleg.* 1. *ver.* 61. Trebellius Pollio *in Galieno.* in fastigiis operum publicorum, Vitruvius, *Lib. III. cap.* 2. in viis, a quibus nomen factum Mercurio viaco, *Gruterus, pag. LV. num.* 5. in foris omnibus municipiorum, Plinius, *Lib. XXXIV. cap.* 4. uno verbo, in publicis locis omnibus.

IV. Potestas decernendi statuam, ut in loco publico poneretur, ab initio quidem Urbis fuit penes Reges, qui sibi ipsis, aliisque posuerunt, Plinius *Lib. XXXIV. cap.* 6. Regibus ejectis, penes Senatum, & Populum, idem Plinius *ibidem.* Sub Imperatoribus Senatus jura sibi arrogantibus, nullam statuam in publico ponere sine eorum permissu licebat. Suetonius in *Tiberio, cap.* 26. *Templa, Flamines, Sacerdotes decerni sibi prohibuit: etiam statuas,*

tuas, atque imagines, nisi permittente se poni: permisitque, ea sola conditione ne inter simulacra Deorum, sed inter ornamenta ædium ponerentur: ne scilicet impie crederetur in Principis statua subesse numen, uti credebant subesse in Deorum simulacris teste Arnobio *adversus Gentes, Lib. VI.* Quæ causa fuit, ut Tiberius vel in ædibus privatis non permiserit sibi poni statuam inter simulacra Deorum; innuente ita Suetonio, licuisse alias eam ponere privatim inter ædium ornamenta. Post Tiberium de Caligula, ita Suetonius scripsit, *cap.* 34. *Vetuitque posthac viventium cuiquam usquam statuam, aut imaginem, nisi consulto se & auctore poni.* Nimirum Urbs imaginibus replebatur (licebat enim omnibus, qui vellent, pictura, ære, lapideque suam effigiem publicare) plerasque earum loco movit Claudius interdicto ne quis in posterum privatus injussu Senatus hoc ageret, nisi quis opus aliquod ædificasset, aut refecisset. His ac eorum cognatis permittebat, ut iis in locis memoriam sui ponerent, Dio *Lib. LX. pag.* 661. Senatus hoc beneficium concedebat auctore Principe, ut refert Plinius, *Lib. II. epist.* 7. a quo etiam impetrabatur venia, si ejus statua in loco publico ponenda, argum. *l. de his* 26. *§. si quis* 2. *Cod. de Episcop. audient.* ideoque Gregorius Nazianzenus invectiva prima contra Julianum ait, hoc esse proprium Romanorum ut suis Principibus affectent ponere statuas, existimentque ad decus suæ civitatis pertinere, si hoc eis Princeps concesserit: Sumtus necessarii ad statuam collocandam, nequaquam colligi debebant ex descriptione, hispane, *por repartimiento*, sive, *talla*, sed ex ejus ad cujus honorem ponebatur, expensis propriis, *l. in nostra* 3. *l. ult. Cod. de statuis & imagin.* cui adde Gruterum, *pag. CCLVI. num.* 10. Adversus accipientes statuas sine permissu Principis pœna statuta fuit ab Arcadio & Honorio, *l.* 1. *Cod. de statuis & imagin.*

V. Beneficium ponendi statuas defunctis in loco publico etiam a Principe impetrabatur, ut refert Plinius, *Lib. I. epist.* 17.

VI. Licet autem sufficeret Principis venia, sub bonis tamen & moderatis Imperatoribus etiam Senatus consensus impetrari debebat: quod adeo religiose observavit Antoninus Philosophus, ut Frontoni, cui multum deferebat, statuam in Senatu petierit teste Julio Capitolino *in Antonino Philosopho.* Inde in inscriptionibus ortæ illæ formulæ, *Approbante Senatu*: *Auctoritate Senatus*: *Decreto Senatus.* Quamobrem facile concesserim, Decuriones, quos alias recte Cassiodorus vocavit, minorem Senatum, concedere posse facultatem ponendi statuas in publico. In qua opinione me confirmo magis cum in veteri inscriptione apud Manucium in *Orthographiæ Ratione, pag.* 313. ita lego. *Postulante Populo statuam publice poni placuit. D. D.* id est, *Decreto Decurionum.* cui adde quod Apulejus dixit in *Floridis initio cap.* 16. *Priusquam vobis occipiam, Principes Africæ viri, gratias agere, ob statuam quam mihi præsenti honeste postulastis, & absenti benigne decrevistis.* Unde explicanda est *lex concedi* 2. *de loco publ. fruendo.*

VII. Hæ publicæ statuæ virtutum erant præmia, quæ benemerentibus tribuebantur, *l. ult. de statuis & imagin.* quamobrem elegantissime Phædrus *Fabular. Lib. II. fab. 9.*

Æsopo ingentem statuam posuere Attici,
Servumque collocarunt æterna in basi,
Patere honoris scirent ut cuncti viam,
Nec generi tribui, sed virtuti gloriam.

VIII. Idcirco statuæ suos habebant titulos, sive inscriptiones, quibus indicabatur quod maxime sciri intererat. Unde Epigrammatum origo. Plutarchus de Homero. *Elegans est etiam genus orationis Epigramma, sive Inscriptio: quod inventum est imaginum, & monumentorum gratia, compendio indicans, qualis sit, cui honoris causa aliquid tale obtigit.*

IX. Utcumque statua posita sit, sive publice, sive privatim, sine injuria non tollitur, *l. si sepulcrum 2. de sepul. viol. l. ne in aliena 2. quod vi, aut clam.*

X. His præmissis, Fufidius refert, statuas in publico positas, bonis distractis ejus, cujus in honorem positæ sunt, non esse emptoris bonorum ejus: sed aut publicas, si ornandi Municipii causa positæ sint; aut ejus, cujus in honorem positæ sint; & nullo modo eas distrahi posse.

XI. Primum quod Fufidius ait, mirum non est, cum statuæ publice positæ, publicæ sint; ideoque exemtæ commercio, *§. ult. Inst. de emt. & vend.* Alicujus bona distrahi possunt quam plurimas ob causas, quarum aliquas hic referemus, idem de ceteris dicturi. Si vendantur, quia quis bonis cessit, æquum non est ut virtuti ejus auferatur præmium. Si quia relegatus est; mirandum non est hoc anteactæ ejus virtuti solatium relinqui, præsertim cum relegatus statuis & imaginibus honorari non prohibeatur, *l. relegatus 17. de interd. & releg.* Si quia deportatus est, audacter dico, idem dicendum esse. Si enim eorum, qui vere mortui sunt, debent permanere statuæ, illorum etiam qui opinione juris etiam mortui sunt. idque colligi videtur ex *l. eorum 24. de pœnis.* Nam, si (ut ibi ait Modestinus) eorum qui relegati, vel deportati sunt ex causa majestatis, statuas detrahendas scire debemus; si ex alia causa relegati, vel deportati fuerint, detrahendæ non sunt, *argum. l. relegatus 17. de interd. & releg.* Enimvero quod dictum est de statuarum eversione in læsæ majestatis crimine, passim occurrit apud Historiæ Augustæ scriptores: eòque etiam respexit B. Gregorius Nanzianzenus, *ep. 49. ad Olympum*, non vero ad statuas & imagines in ædibus sacris locatas: quod tamen ejus scholiastes ibi male interpretatus est. Sed quid opus est verbis? Videatur *lex omnis 17. Cod. Theod. de pœnis*, ut jussit Arcadius, statuarum & simulacrorum Eutropio in Cyprum deportato locatorum eversionem, (verba sunt Arcadii) *ne tanquam nota sui sæculi obtutus pollueret intuentium.*

XII. Quod si statuæ positæ essent, cum essent juris privati, vendi poterant:

terant: nec de his loquitur Fufidius. Excipe tamen in ſepulchris poſitas, quales erant tres illæ ſtatuæ extra Portam Capenam in Scipionum monumento poſitæ: quarum duæ P. & L. Scipionum dicebantur eſſe; tertia Poëtæ Q. Ennii. Livius *Lib. XXXVIII. cap.* 56. Pindarus in *Nem. X. v.* 126. ejuſmodi ſtatuam vocat *Statuam Plutonis*; hæ enim erant Diis Manibus ſacræ, quorum ſummus Pluto.

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
JULIUS AQUILA:
SIVE AD
JULII AQUILÆ
FRAGMENTA
COMMENTARII.

DE JULIO AQUILA, JURISCONSULTO.

INDEX ille Jurisconsultorum præfixus Pandectis Florentinis, qui tot erroribus plenus est, ut manifeste appareat, ab imperito legulejo compositum fuisse, ait Gallum Aquilam scripsisse Responsa: quod occasionem dedit Angelo Politiano, peritissimo viro, sed non Juris, ut diceret, Gallum Aquillium scripsisse Responsa. Quem errorem cum animadvertisset Antonius Augustinus, vir stupendæ lectionis, *Emendationum Lib. I. cap.* 4. ex Gallo Aquilio, & Julio Aquila, quem Plinianus Index Lib. II. & XI. ait scripsisse *De Etrusca Disciplina*, unum fecit Lucium Aquilam Gallum, prænomine addito, in libro *De Nominibus Pandectarum*, ubi dubitavit, num idem Aquila esset, qui etiam *de Figuris* scripsit, Numenium Alexandrum secutus, qui temporibus Hadriani fuit. At enim ille, qui *de Figuris* scripsit, vocatur

catur Aquila Romanus, ex Bibliotheca Francifci Pithœi editus inter antiquos Rhetores Latinos. Nofter autem Jurifconfultus in duobus fragmentis, quæ ex ejus Refponfis fuperfunt, Julius Aquila nominatur abfque prænomine, quod ignoratur. Efto itaque, fi vis, Julius ille Aquila, cujus meminit Plinianus Index, quique fortaffe fuit idem ac ille Julius Aquila, eques Romanus, qui fub Imperatore Claudio vivebat, tefte Cornelio Tacito, *Lib. XII. Annal. cap.* 15. de quo *cap.* 21. ejufdem Libri ait, *Aquilæ infignia decreta.* Fallitur igitur Jurifconfultiffimus vir Jacobus Gothofredus, qui Julium Aquilam tranftulit ad Conftantini tempora. Equidem omnino conftat, eum vixiffe ante Severum Imperatorem, cum in *l. refpondit* 34. *de admin. & peric. tutor.* refert ut jus fuo tempore controverfum, quod Severus poftea conftituit, *l. omnibus* 1. *§. officium* 3. *de tut. & rat. diftrah.* Scripfit *Librum Refponforum*, ex quo duo tantum fragmenta fuperfunt. In eo libro egit *de fufpectis temporibus, & curatoribus.* Et inde defumtæ funt *lex refpondit* 34. *de admin. & peric. tutor. & lex nihil* 12. *de fufpect. tut. & cur.* In cujus legis infcriptione in aliquibus editionibus legitur, *Lib. I. Refponforum*, ubi numeralem notam interpretor ita ut de Libro unico intelligi debeat; nam in Pandectis Florentinis nota illa non legitur, & in *dicta l. refpondit* 34. *de admin. & peric. tutorum*, in nulla editione vidi numerum adjectum. Jacobus Cujacius, vir fapientiffimus, & nunquam fatis laudatus, habuerat in animo explicare Jurifconfultorum omnium, quæ habemus *Refponfa*, ut ipfe id promifit in Præfatiuncula ad *Refponfa Herennii Modeftini.* Et fane ille eruditiffime interpretatus eft Refponfa Neratii Prifci, Ulpii Marcelli, Q. Cervidii Scævolæ, Æmilii Papiniani, Julii Paulli, Domitii Ulpiani, & Herennii Modeftini. Quare cum Commentariis non illuftraverit Refponfa Julii Aquilæ, & Papirii Frontonis, credibile eft, oblitum effe utriufque. Ideo utrumque ego interpretandum fufcepi.

JULIUS Aquila libro Refponforum.
in l. refpondit 34. *de adm. & per. tut.*

Refpondit, ad inftruendam diligentiam judicantis, & pupillorum utilitatem admittendam, fervos quoque eorum interrogari poffe.

COMMENTARIUS.

I. Cum tutelam fufcipit tutor, debet rerum pupillarium repertorium, five inventarium facere, *l. tutores* 7. *de adm. & per. tut.* Deinde vero, ubi femel eam fufcepit, debet ex fide gerere, *§. fufpectus* 5. *Inft. de fufp. tut. vel cur.* finita denique tutela, adminiftrationis fuæ rationem, tutelæ judicio reddere, *§. ult. Inft. de Attil. tut.* Et in omnibus quæ fecit tutor,

cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio, præstando dolum, culpam, & quantam in suis rebus diligentiam, *l. in omnibus* 1. *in princ. de tut. & rat. distrah.* Ut hoc judicium expediatur, officio tutoris incumbit etiam, rationes actus sui conficere, & pupillo reddere. Ceterum, si non fecit, aut factas non exhibet, hoc nomine judicio tutelæ tenebitur, *d. l. in omnibus* 1. *§. officio* 3. *de tut. & rat. distrah.*

II. Ut autem pupillo præstentur rationes, judex instrui debet: id est, instrumentis doceri. Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: & ideo tam testimonia, quàm personæ, instrumentorum loco habentur, *l. instrumentorum* 1. *de fide instrum.* Cum igitur servi personæ sint, *princ. Inst. de jure pers. l. summa* 3. *de statu hom.* a servis etiam instruetur judex, *l. ult. de susp. tut.* quæ ejusdem Aquilæ est. *Etiam* inquam, ut explicem vim ejus particulæ, *quoque*, Jurisconsulti nostri.

III. Hæc cum ita se habeant, recte Julius Aquila respondit, ad instruendam diligentiam judicantis, & pupillorum utilitatem, admittendum, servos quoque eorum interrogari posse. *Admittendum*, inquam, non *admittendam*, ut recte docuit magni judicii vir, Cornelius van Binkershoek *Lib. IV. Observ. cap.* 25. Pessima igitur lectio editionis vulgatæ, Florentinæ, & Roberti Stephani. Neque tamen negaverim, communi lectione retenta, intelligi posse verbum, *Respondit*, ut sæpe alibi, & maxime in altero fragmento ejusdem Aquilæ. Sed illud assero, inusitatam, & insolentem lectionem fore, *admittere utilitatem pupillorum.* Quid autem frequentius, quàm formula hæc, *Admittendum est?* Sic Tertullianus dixit, *admittendum est*, *l. miles* 4. *§. ult. de castr. pec.* Marcianus *admittendum esse*, *l. in quartam* 91. *ad leg. Falc.* Ulpianus *admittendum est*, *l. si me* 34. *§. ult. de adq. poss. l. denique* 13. *§. unde* 4. *quod vi aut clam.* Qui loquendi modus usurpari solet in rebus de quibus recipiendis in foro agitur, ut facile fatebitur quicunque allegata jam & alia juris testimonia passim occurrentia legere volet.

IV. Ad duos autem fines admittendum est, pupillorum servos interrogari posse. Primo ad instruendam diligentiam judicantis, qua loquendi formula indicatur, quanta judicis diligentia præcedere debeat, antequam eò perveniat, ut a servis instrui necesse sit.

V. Secundo ad pupillorum utilitatem, ut intelligamus servos non semper posse interrogari. Verissime Terentius in *Phormione*, *Actus I. sc.* 5. *ỿ.* 67.

> *Servum hominem causam orare leges non sinunt:*
> *Neque testimonii dictio est.*

Quando possint interrogari, recte definivit Modestinus, *Lib. III. Regular. in l. servi* 7. *de testib. Servi*, inquit, *responso tunc credendum est, cum alia*

Digitized by Google

alia probatio ad eruendam veritatem non est. Huc etiam pertinet elegantissima Ulpiani lex *in omnibus* 1. §. *officio* 3. *de tut. & rat. distrah.* cujus hæc sunt verba. *De servis quoque interrogationes, sed & quæstiones habendas, & hoc officio judicis convenire placuit. Nam Divus Severus decrevit, cum neque inventaria, neque auctionalia proferuntur, remedio eo uti debere, ut rationes a servis, qui rem gesserant, proferantur.* Observa conjunctionem illam, *quoque*, qua usus etiam noster Aquila. Item verbum illud, *placuit*, unde colligere debemus, ita in foro receptum fuisse, post plurimorum Jurisconsultorum ea de re unanimes sententias, sive responsa, e quibus superest hoc singulare Julii Aquilæ. Denique observa, *hoc officio judicis convenire*, cujus diligentia, ut Aquila respondit, instruenda est. Itaque non ovum ovo similius, quàm Ulpiani doctrina Aquilæ responso. Sed ut omnino expendam Ulpiani testimonium, si rationes mala fide conscriptas a servis dicant tutores, etiam in quæstionem servi interrogari poterunt. Jure igitur Imperator Constantinus in *l. lex* 22. *Cod. de adm. tut.* urbana mancipia, quæ totius supellectilis notitiam gerunt, semper in hereditate, & in domo retineri jubet. *Nam boni*, inquit, *servi fraudem fieri prohibebunt: mali, si res exegerit, sub quæstione positi, poterunt prodere veritatem: atque ita omnia observabunt: ut nec inventarium minuere, nec mutare, vel subtrahere aliquid tutor valeat, quod in veste, margaritis, gemmis, & vasculis, ceteraque supellectili necessarium est.*

JULIUS Aquila libro Responsorum. in l. nihil 12. *de susp. tut. & cur.*

Nihil proponi, cur præscribere curator possit in cognitione suspecti, quominus religio Prætoris a pupillari servo detegente fraudes, instruatur.

COMMENTARIUS.

I. Hujus legis inscriptionem ita legit Accursius. *Julia. Lib. IV. ad Minutium.* falsa, atque corruptissima inscriptio; nam Julianus *Lib. IV. ex Minicio Natali* non egit de suspectis tutoribus, & curatoribus: ad quod argumentum pertinet hæc nostra lex, ut ex ipso contectu patet, & ex titulo cui subjecta est, sed de contractibus: rectius itaque Codex Florentinus sic habet: *Julius Aquila libro Responsorum.* Librum intellige *unicum*, in quo de memorato argumento Julius Aquila tractavit, ut colligitur ex *l. respondit* 34. *de adm. & peric. tutor.* quæ porro lex fugitiva non est, cum ejus tituli pars secunda ad periculum tutorum pertineat. Videamus autem quàm bene inter se cohæreant hæc duo fragmenta.

II. Posteaquam *Libro Responsorum* Julius Aquila dixerat, ad instruendam dili-

diligentiam judicantis, & pupillorum utilitatem, admittendum, servos quoque eorum interrogari posse; subjecit, nihil proponi, cur præscribere curator possit in cognitione suspecti, quominus religio Prætoris a pupillari servo detegente fraudes, instruatur. Præscribere idem est ac excipere, *l. præscriptionis* 3. *§. nam si* 1. *de prævaric. l. si maritus* 15. *§. præscriptiones* 2. *ad leg. Jul. de adult. tit.* Παρ. *de div. temp. præscr.* Hinc exceptiones, præscriptiones dicuntur *dicto tit.* Παρ. ea videlicet ratione, quia per illas actioni præscribuntur quidam termini, cancelli, & carceres, ultra quos non potest erumpere. Atque ita dicimus præscriptionem fori, & præscriptionem longi temporis. Quæ metaphora ducta videtur a Litteratoribus, sive Grammaticis, qui dum docent scribere, præscribunt, sive antescribunt, & designant terminos & lineas in charta intra quas scriptura includi debeat. Superiorem significationem respexit Q. Septimius Florens Tertullianus in libro cui titulum fecit: *De Præscriptionibus*: id est, *De Exceptionibus ac Defensionibus adversus Hæreticos.*

III. Religio Prætoris dicitur a Julio Aquila, quemadmodum a Phædro Judicem inducente, *Lib. III. fab.* 13.

Sed ne religio peccet imprudens mea.

Ab Alexandro, Callistrato, & Paulo, *religio judicis*, *l. absentibus* 1. *Cod. si tutor. vel cur. fals. alleg. exc. sit. l. divus* 33. *de re jud.* Paulus, *Lib. V. sent. tit. de effectu sententiarum* 5. *§. falsis* 10. a Cornelio Tacito, *religio judicum*, *Annal. XVI. cap.* 4. A J.Cto. Gajo, & Ammiano Marcellino, *religio judicantis*, *ille l. ult. de extr. cogn.* hic, *Lib. XXX.* A Papiniano, *religio judicantium*, *l. quæsitum* 13. *de test.* itemque a Valerio Maximo, *Lib. IX. cap.* 15. Ab Ulpiano, & Imperatoribus Valeriano, & Gallieno, *religio Præsidis*, *l. illicitas 6. §. ne potentiores* 2. *de Officio Præsidis*, *l. sextum* 2. *§. ult. de vac. & exc. mun. l. & si* 5. *Cod. de præd. & aliis reb. minor.* Denique ab Ulpiano, *l. magis* 5. *§. in primis* 11. *de reb. eor. l. quia autem* 6. *§. item* 4. *si quis om. caus. test. religio* etiam *Prætoris*, ut noster Aquila. Tribuitur autem Judicibus religio propter jusjurandum, quo tenebantur: quo alludens Phædrus, *Lib. III. fab.* 10. ait.

A Divo Augusto tunc petiere judices,
Ut adjuvaret jurisjurandi fidem.

Id est, ut liberaret se a pronunciatione sententiæ, quia fecissent fidem jurejurando se litis illius decisionem non invenire, addita illa sollemni formula, *sibi non liquere.* Asconius Pedianus *II. in Verrem. Jurabant in leges Judices, ut obstricti religione judicarent.*

IV. Quamobrem nostræ legis sensus hic est. Nulla causa est ob quam curator in cognitione suspecti excipere possit, quominus Prætor, qui religiose judicaturus est, instruatur a servo pupillari detegente fraudes. Equidem nemo ei fraudes domesticas melius poterit detegere, quàm servus, qui totius supellectilis notitiam gerit, *l. lex* 22. *Cod. de admin. tut.*

V. Quæ

V. Quæ cum ita ſint, non ſolum in judicio tutelæ; ſed etiam in cognitione ſuſpecti tutoris, aut curatoris, poterit apud Prætorem interrogari pupilli aut minoris ſervus, cum alias pro domino ſuo interrogari non poſſit, *l. ſervos* 8. *Cod. de teſtib.* At enim licet Julius Aquila id aſſeruerit ut rem ſuo tempore controverſam, ut arguunt illa verba, *propter utilitatem pupillorum admittendum ſervos interrogari poſſe*, itemque illa, *nihil proponi*; tamen id nullo modo dubitari poteſt poſt Severi Imperatoris conſtitutionem relatam in *l. omnibus* 1. §. *officio* 3. *de tut. & rat. diſtrah.* quo vel ſolo argumento evincerem, Julium Aquilam vixiſſe ante Divum Severum.

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, PATERNUS: SIVE AD TARRUNTENI PATERNI FRAGMENTA COMMENTARII.

TARRUNTENI PATERNI VITA.

CUM viderem ego Paternum in Dionis Cassii *Excerptis Valesianis*, Lib. LXXII. Tarrutenium nominari, & ab egregio illo Jurisprudentiæ reparatore Jacobo Cujacio ad *l. venatoribus 6. Cod. de excusat. muner.* T. Arruntenum vocari; considerare cœpi, num potius appellari deberet T. Arruntius Paternus, cum Arruntiorum toties meminerit Cornelius Tacitus, aliique plurimi: & in hanc sententiam propendi gravissima victus auctoritate Emmanuelis Martini, Decani Lucentini; sed mihi magis magisque consideranti postea, majoris ponderis visa est Florentini codicis auctoritas, ubi constanter legitur *Tarruntenus Paternus*; quod nomen ob terminationis insolentiam nemo debet reprehendere, cum eruditis auribus nunquam offensioni fuerint celeberrima Jurisconsultorum nomina, Alfenus, Javolenus, Octavenus, eandem finitionem habentia, ut omittam alia quamplurima, quæ frequenter in historiis, & inscriptionibus occurrunt. Tarruntenus itaque Paternus, ut de eo scripta commemorem, M. Antonino Philosopho ab Episto-

Epistolis Latinis fuit, ut constat ex Dionis Cassii *Excerptis Theodosianis ex Lib. LXXI. pag.* 808. Idem in bello, quod M. Antoninus ultimum gessit adversus Sarmatas & Quados, exercitui Romano Legatus præfuit, ut refert Dio eodem *Lib. LXXI. in Excerptis e Xiphilino, pag.* 814. Vir Consularis fuit, & sub Commodo Præfectus Prætorio, a quo Imperatore occidi jussus est, ut idem Dio refert, *Lib. LXXII. in Valesianis Excerptis, pag.* 724. Causam ejus occisioni dedit Antheri nex jussu Paterni cæterorumque Præfectorum Prætorio perpetrata, & conjurationis adversus Commodum suspicio, quam falsam fuisse Ælius Lampridius ait in *Commodo, cap.* 4. cujus Historici sententiam comprobat Dio in allegatis *Excerptis Valesianis*, cum Paternus nullo negotio, quippe Præfectus Prætorio, eum occidere potuisset, si adversus illum conspirasset, ut accusabatur. Contigit ejus mors A. æræ Christianæ CLXXXV. nam una cum Salvio Juliano occisus fuit, cum Commodus diceret ob conjurationem in se promissam Juliani filio filiam Paterni, ut in Julianum transferretur Imperium, ut ex eodem Lampridio discimus, *dicto cap.* 4.

Tarruntenus Paternus scripsit libros *Militarium*, ut videre est in inscriptione *l. quibusdam 6. de jure immunit.* id est, ut ego interpretor, *Institutionum Militarium*, vel *Rerum Militarium*, sive, quod idem est, *de Re Militari*, argumento inscriptionis *l. proditores* 7. *de re milit.* Et quæ Cato ille Censorius de *Disciplina Militari* scripsit; quæ Cornelius Celsus, quæ Frontinus perstringenda duxerunt, in libros suos redegit: & propterea laudatur a Vegetio, *Lib. I. de Re Militari, cap.* 8. *ut diligentissimus Juris Militaris assertor.* Ex libro primo & secundo duo leguntur fragmenta; ex incerto, alterum. Plura non supersunt, fortasse, quia Arius Menander, qui post eum vixit, (floruit enim sub Imperatoribus Severo, & Antonino, cui fuit a Consiliis, ideoque a tutela quadam excusatus, *l. verum* 11. *§. ex facto* 2. *de minor. vig. quinque annor. juncta l. jurisperitos* 30. *de excusat.*) quidquid Paternus scripsit, proculdubio transtulit in suos libros quatuor *Militarium*, sive de *Re Militari.* Idemque mihi fecisse videtur duobus libris *Militarium*, sive *de Re Militari*, Æmilius Macer, qui sub Alexandro Severo floruit, *l. unica si pendente appellat. mors intervener.* unde explicanda est inscriptio *l. qui non probasse* 3. *Cod. de calum.* Sane hi duo Jurisconsulti plenissime *de Re Militari* scripserunt, cum eorum fragmenta ad hoc argumentum spectantia utramque paginam impleant. Præterea Paullus scripsit *librum singularem de pœnis Militum.* Atque horum Jurisconsultorum libris, ut puto, res omnis militaris comprehensa est, nisi forte mulieris etiam illis addere Tertyllianum *libro singulari De Castrensi peculio.* Aliorum Paternorum memoria extat apud Senecam in *Præf. Lib. V. Controvers.* Plinium *Lib. IV. epist.* 14. *Lib. VIII. epist.* 16. Symmachum, *Lib. V. epist.* 58. B. Ambrosium *in variis Epistolis*, Severum Sulpitium, *Sacræ Historiæ Lib. II.* & Reinesium, *Inscript.* 16. *classis I. pag.* 38.

TAR-

TARRUNTENUS PATERNUS Libro Secundo *de Re Militari*, *in l. proditores 7. de Re Militari.*

Proditores, transfugæ plerumque capite puniuntur, & exauctorati torquentur: nam pro hoste non pro milite habentur.

COMMENTARIUS.

I. In Pandectis Florentinis sic legitur, Proditores, transfugæ; nec male, cum omnes transfugæ sint proditores, *l. postliminium* 19. *§. transfugæ* 4. *de capt. & postl. rev.* licet non omnes proditores sint transfugæ, cum proditoris nomen latius pateat, *l. athletas* 4. *§. calumniator* 4. *de his qui not. infam.* In aliquibus autem exemplaribus, ut jam notavit Glossa, sic legitur, *Proditores, vel transfugæ*, quam lectionem non improbo, si, ut referri debet, ad milites proditores referatur de quibus agebat Paternus de re militari tractans. Quamobrem ut plenior sit disputatio nostra, de utrisque separatim, de proditoribus, inquam, & transfugis agemus.

II. Ait Paternus, *plerumque capite puniri proditores*, sive perduelles, qui scilicet hostili animo adversus rempublicam, vel principem animati sunt, *l. ult. ad l. Jul. majest.* Arrius quoque Menander, *l. omne delictum 6. §. exploratores* 4. *de re milit.* sic scripsit: *Exploratores, qui secreta nunciaverunt hostibus, proditores sunt, & capitis pœnas luunt.* Elegantissimus est Capitolini locus in Maximinis in hanc sententiam conceptus, etiam si de aliis quàm militibus loquatur. *Consul* (inquit Capitolinus) *retulit. P. C. de Maximinis quid placet? Responsum est: Hostes, hostes: qui eos occiderit, præmium merebitur. Item Consul dixit: De amicis Maximini quid videtur? acclamatum est: Hostes, hostes, qui eos occiderit, præmium merebitur. Ita acclamatum est. Inimicus Senatus in crucem tollatur. Hostis Senatus ubicumque feriatur. Inimici Senatus vivi exurantur.* Hanc exustionis pœnam proditoribus etiam indixit Imperator Constantinus severissima illa Constitutione, quæ extat in *l. si quis* 1. *Cod. de re milit.* Illud præterea sciendum, legem XII. Tabularum jubere, eum qui hostem concitaverit, quique civem hosti tradiderit, capite puniri, *l. lex duodecim* 3. *ad leg. Jul. maj.* Apud Athenienses proditorum pœna mortem etiam transgrediebatur. Etenim illos sepelire nefas fuit, eosque cum tota posteritate inter infames referebant, teste Plutarcho in *Vita decem Rhetorum.* Hactenus *de proditoribus.*

III. Nunc de Transfugis. Est autem transfuga, qui ad hostes transit, ut docet S. Isidorus *Differentiar. Lib. I. num.* 197. Qui captus, cum poterat redire, non rediit, pro transfuga habetur. Item, qui in præsidio (Cujacius emendavit *profugio*, *Observat. Lib. VI. cap.* 26.) captus est, in

eadem

eadem conditione esse certum est, *l. non omnes* 5. §. *qui captus* 5. *de re milit.* Sed fortasse retenta lectione dicere possumus, transfugii genus esse in præsidio capi, ubi contra hostes quis se defendere potest. Si tamen ex improviso, dum iter facit, aut epistolam fert, capiatur quis, veniam meretur, *d. l. non omnes* 5. §. *qui captus* 5. *de re milit.* His præmissis, docet Paternus, transfugas plerumque capite puniri. Merito sane. Nam ob imperii, exercitusve Populi Romani desertionem lege Julia majestatis tenentur, *l. lex duodecim* 3. *vers. eadem ad leg. Jul. majest.* Transfugas autem iisdem subjici pœnis, ac proditores, novum non est. Sæpe enim de utrisque simul Jurisconsulti disputant. Hinc Ulpianus, *l. aut damnum* 8. §. *hostes* 2. *de pœnis.* sic ait: *Hostes autem, item transfugæ ea pœna adficiuntur, ut vivi exurantur.* Paullus item, *l. si quis* 38. §. *transfugæ* 1. *de pœnis* ita scripsit. *Transfugæ ad hostes, vel consiliorum nostrorum renuntiatores, aut vivi exuruntur, aut furca suspenduntur.* Nec mirum est transfugas ita severe puniri. Non & is qui volens transfugere, adprehensus est, capite punitur, *l. desertorem* 3. §. *& is* 11. *de re milit.* atque hæc punitio non solum auctoritate publica, sed privata etiam fieri potest. Transfugas enim licet, ubicumque inventi fuerint, quasi hostes interficere, *l. ejusdem* 3. §. *ult. ad leg. Corn. de sicar.* itaque A. Fulvium Senatoris filium retractum ex itinere parens ejus necari jussit, ut refert Sallustius, *de Bello Catil. cap.* 40. patrio scilicet imperio. De publicis autem suppliciis, de quibus hic agit Paternus, exempla prope innumerabilia afferre possem. M. Marcellus Leontinis captis ad duo millia perfugarum securi percuti jussit, ut ait Livius, *Lib. XXIV. cap.* 30. P. etiam Scipio Africanus mitissimi alioquin ingenii, cum devicta Carthagine, omnes qui ex Romanis exercitibus ad Pœnos transierant, in suam potestatem redegisset, gravissime in illos animadvertit. Romanos enim tanquam patriæ fugitivos crucibus affixit, Latinos tanquam perfidos socios securi percussit, Valerius Maximus, *Lib. II. cap.* 7.

IV. Illud animadvertendum, non sine causa dixisse Paternum proditores transfugas *plerumque capite puniri.* Aliquando enim hoc delictum remittitur, aut non ita graviter punitur. Imperatores enim clementes omnia scire, non omnia resequi debent: nec pœna semper, sed sæpius pœnitentia contenti sunt. Ob hanc causam qui transfugit, & postea multos latrones adprehendit, & transfugas demonstravit, posse ei parci Divus Hadrianus rescripsit ei tamen pollicenti ea nihil permitti oportere, *l. non omnes* 5. §. *ult. de re milit.* cui omnino conjungenda *l. in criminibus* 1. §. *si quis* 26. *de quæst.* Hujus exceptionis nobilissimum etiam exemplum invenitur apud Aurelium Victorem in *Mucio Scævola*, quod ut notissimum omitto. Præterea Q. Fabius Maximus prudentissime severitatem suam cum clementia comparavit. Nam cum in Sicilia cuperet ferocissimæ gentis animos contundere, & debilitare, omnium qui ex præsidiis Romanis ad hostes transfugerant, captique erant, manus abscidit, ut trunca præ se brachia gestantes, de-

fectionis metum reliquis injicerent. Rebelles itaque manus a corporibus ſuis diſtractæ, inque cruentato ſolo ſparſæ, cæteris, ne idem committere auderent, documento fuerunt, Valerius Maximus *Lib. II. cap.* 7. In hac re C. Cæſaris conſilium ſemper laudavero. Delicta neque obſervabat omnia, neque pro modo exſequebatur: ſed deſertorum, ac ſeditioſorum, & inquiſitor, & punitor acerrimus, connivebat in cæteris. Suetonius *in Julio*, *cap.* 67. Tacitus etiam de ſuo Agricola refert, ſolitum eum *parvis peccatis veniam, magnis ſeveritatem accommodare. Aſpero enim* (ut inquit Valerius Maximus, *Lib. II. cap.* 7.) *& abſciſſo caſtigationis genere militaris diſciplina indiget: quia vires armis conſtant, quæ, ubi a recto tenore deſciverunt, oppreſſura ſunt, niſi opprimantur.* Sed diſputationem hanc Politicis relinquamus.

V. Majorem difficultatem excitare videtur illud quod Paternus ait, proditores transfugas *torqueri*, cum milites tale ſupplicium non patiantur, *l. deſertorum* 3. *§. is qui* 10. *de re milit.* Verum Paternus caute locutus eſt. Ait enim, *exauctoratos torqueri.* Itaque, ſi prius exauctorentur, tormentis ſubjici poterunt, *l. milites* 8. *Cod. de quæſt.* Exauctoratus enim eſt militia exutus, *l. qui de libertate* 29. *in princ. de liber. cauſa*, & militia exutus pœnas conſentaneas luit, *l. nemo* 13. *Cod. de re milit.* Sic etiam milites ad beſtias damnari nequeunt, *d. l. deſertorum* 3. *§. ſi qui* 10. *de re milit.* & tamen ſi ad hoſtem confugerint, & redeant, exauctorati beſtiis ſubjiciuntur. Itaque apud Livium, & Valerium Maximum legimus, poſteriorem Africanum, everſo Punico imperio, exterarum gentium transfugas, in edendis Populo ſpectaculis feris beſtiis objeciſſe, & L. Paulum Perſe Rege ſuperato ejuſdem generis & culpæ homines elephantis proterendos ſubſtraviſſe. Sed redeo ad id quod paulo ante didicimus, proditores transfugas exauctoratos torqueri. Rationem hanc affert Paternus: *nam pro hoſte, non pro milite habentur.* Id eſt, nam, cum exauctorantur, deſinunt eſſe milites, & manet crimen, quod eos facit perduelles. Eſt autem exauctoratio *ignominioſa miſſio*, *l. deſertorum* 3. *§. pœnæ* 1. *de re milit.* Per hanc ſacramento militiæ quis ſolvitur, e caſtris ejicitur, & neque Romæ, neque in ſacro comitatu agere poteſt, *l. milites* 13. *§. miſſionum* 3. *de re milit. juncta l. qui de libertate* 29. *de liber. cauſſa.* Edicto Prætoris fit infamis, *l.* 1. *in princ. de his qui not. infam.* ac proinde dignitatem conſequi non poteſt, *l. milites* 3. *Cod. de re milit. l. ignominiæ* 1. *Cod. de his qui non impleto ſtipend.* Fiebat autem hæc miſſio cum inſignium militarium detractione; atque hæc ſola ſufficiebat ut miſſio haberetur ignominioſa, etſi ſine ignominiæ mentione miſſi eſſent, *l. milites* 13. *§. miſſionum* 3. *de re milit.* Quanquam enim Prætor Edicto ſuo ignominiæ cauſæ meminerit, *l.* 1. *in princ. & l. quod ait* 2. *§. ignominiæ* 2. *de his qui not. infam.* ſatis conſtat, eum ita locutum, ut miſſionum genera diſtingueret. Ego quidem non dubito quin plerumque addi ſolita ſit miſſionis cauſa. Hoc tantum

dico,

dico, neceſſario addi non debuiſſe, ut quis infamis efficeretur, *d. l. quod ait* 2. *§. ignominiæ* 2. *de his qui not. infam.* Extat apud A. Hirtium, *Lib. I. de Bello Africano*, *cap.* 7. elegantiſſima formula miſſionis cum ignominia. Inquit apud eum Cæſar. *C. Aviene, quòd in Italia milites Populi Romani contra Rempublicam inſtigaſti; rapinaſque per municipia feciſti; quodque mihi Reique publicæ inutilis fuiſti; & pro militibus tuam familiam jumentaque in naves impoſuiſti: tuaque opera militibuſque tempore neceſſario Reſpublica caret; ob eas res, ignominiæ cauſa, ab exercitu meo te removeo: hodieque ex Africa abeſſe, & quantum potes, proficiſci jubeo. Itemque Te A. Fontei, quod Tribunus militum ſeditioſus, maluſque civis fuiſti, ab exercitu dimitto. T. Aliene, M. Tiro, C. Cluſiane, cum ordines in meo exercitu, beneficio, non virtute conſecuti, ita vos geſſeritis, ut neque bello fortes, neque pace boni, aut utiles fueritis; & magis in ſeditione, concitandiſque militibus, adverſariorum noſtrorum imperatoris, quam pudoris, modeſtiæque fueritis ſtudioſiores; indignos vos eſſe arbitror, qui in meo exercitu ordines ducatis; miſſoſque facio, &, quantum poteſtis, abeſſe ex Africa jubeo.*

VI. Quod de militibus exauctoratis diximus, obtinuit etiam in magiſtratibus. Ideoque P. Lentulus Prætor & reus capitalis, non antea punitus fuit, quàm prætura ſe abdicaſſet, ut refert Cicero *Orat. III. in Catil. cap.* 6.

VII. Veſtales etiam, quæ virginitatem, quam profitebantur, amiſiſſent, ob id damnatæ, infulas de vertice jubebantur deponere, & amotæ a ſacris virgis cædebantur, & per forum traductæ vivæ defodiebantur, uti factum eſt in Opimia, & Urbinia, narrante Dionyſio Halicarnaſſeo, *Antiquit. Lib. VIII. pag.* 556. & 597. Beatus etiam Hieronymus *ad Pammachium* Clericorum degradationem comparat cum exauctoratione militari, & Vetus Gloſſarium utramque exauctorationem conjunxit his verbis: *Exauctorare eſt cingulo militem, & clericum ordinibus ſpoliare.* His conſequens eſt, ut apud Juſtinianum *Novella LXXXIII. in fine princ.* Clerici, qui admiſerunt grave crimen ab Epiſcopo ſpolientur Sacerdotali dignitate, & poſtea ſecundum leges puniantur. Quod Partitarum jure etiam obtinet *leg.* 60. *tit.* 6. *Part. I.* Degradationis ritum vide apud Bonifacium VIII. *cap.* 2. *de pœnis in ſexto.* Memorabilia duo degradationis exempla ab Hiſpanis Hiſtoricis prætermiſſa, & pertinentia ad ann. DCCCLXXXVI. legimus in Concilio Nemauſenſi, habito in Villa Portu, ubi Selva Epiſcopus Urgellenſis, & Ermemirus Epiſcopus Gerundenſis degradati, *ſciſſis Epiſcopalibus indumentis, baculis eorum ſuper eorum capita confractis, annulis cum dedecore a digitis avulſis.*

MACER Libro Primo de Re Militari. in l. officium 12. de re militari.

Officium regentis exercitum non tantum in danda, ſed etiam in obſervanda diſciplina conſiſtit.

COMMENTARIUS.

I. Credo ego hujus capitis initium etiam eſſe Paterni propter conjunctionem, *quoque*, qua Æmilius Macer uſus eſt initio articuli ſequentis. Admonentur hic officii ſui, qui exercitum regunt. Docet igitur Paternus, officium regentis exercitum, non tantum in danda, ſed etiam in obſervanda diſciplina conſiſtere: perinde quaſi dicat. Quicumque regit exercitum, ita debet milites inſtruere ad exercitationem militarem, ut ſuo exemplo cohortetur eos. Atque hoc non ſolum in rebus militaribus; ſed in Ethicis etiam, & Politicis locum obtinet, & maximum eſt imperandi præceptum, de quo elegantiſſime poſt multos alios Claudianus, *carm. de IV. Conſulatu Honorii*, ✝. 295.

In commune jubes ſi quid, cenſeſve tenendum,
Primus juſſa ſibi, tunc obſervantior æqui
Fit Populus, nec ferre negat, cum viderit ipſum
Auctorem parere ſibi. Componitur Orbis
Regis ad exemplum. Nec ſic inflectere ſenſus
Humanos Edicta valent, ut vita Regentis.
Mobile mutatur ſemper cum Principe vulgus.

Sed ut ad propoſitum redeam, dare diſciplinam eſt docere; obſervare illam eſt eandem cuſtodire. Priore ſignificatione uſus eſt M. Tullius, apud quem Q. Cicero frater ejus, *Lib. I. de Legib. cap.* 22. ſic ait: *Nec Lycurgi leges, nec Solonis, neque Charondæ, neque Zaleuci, nec noſtras XII. Tabulas, nec plebiſcita deſidero: ſed te exiſtimo tum populis, tum etiam ſingulis hodierno ſermone legem vivendi, & diſciplinam daturum.* Poſterioris ſignificationis exemplum non invenio; ſed proxime ad eam accedit Valerius Maximus, *Lib. II. cap.* 7. ubi initio ita ſcribit. *Venio nunc ad præcipuum decus, & ſtabilimentum Rom. Imperii, ſalutari perſeverantia ad hoc tempus ſincerum, & incolume ſervatum, militaris diſciplinæ tenaciſſimum vinculum; in cujus ſinu ac tutela ſerenus tranquilluſque beatæ pacis ſtatus acquieſcit.* Servare enim & obſervare idem eſt *arg. l. ſed & ea* 55. *de legib.* Transferam huc ex Vegetii *Lib. II. de re milit.* integrum *caput* 12. quod ad officium ejus, qui exercitum regit, etiam ſpectat. *Decem* (inquit) *cohortes habere legionem diximus. Sed prima erat miliaria, in qua cenſu, genere, litteris, forma, virtute pollentes milites mittebantur. Huic Tribunus præerat, armo-*

armorum scientia, virtute corporis, morum honestate praecipuus. Reliquæ cohortes, prout principi placuisset, a tribunis, vel a præpositis regebantur. Tanta autem servabatur exercendi milites cura, ut non solum tribuni, vel præpositi contubernales sibi creditos, sub oculis suis juberent quotidie meditari, sed etiam ipsi armorum arte perfecti, cæteros ad imitationem PROPRIO COHORTARENTVR EXEMPLO. *Tribuni autem sollicitudo per hanc laudatur industriam, cum miles veste nitidus, armis bene munitus, ac fulgens, exercitii* VSV, *&* DISCIPLINA *eruditus incedit.* Quæ postrema verba occasionem suggerunt interpretandi alio modo nostrum textum, ut verba illa *in observanda disciplina*, passive intelligantur, scilicet officium regentis exercitum non tantum consistere in danda disciplina, sed etiam in observanda, hoc est, in efficiendo, ut observetur. Si quis admiratur quomodo Romani armis ad tantam potentiam devenerint, animadvertat quæso apud Vegetium *Lib. I. de Re Mil. cap.* 1. & sequentibus, quanto labore & assiduitate sese exercuerint: quod præclare etiam docuit egregius disciplinæ militaris doctor, Sanctius de Londoño in *Dissertatione de reducenda Disciplina militari ad meliorem, & antiquum statum, pag.* 39. *& seqq.* & mirari desinet.

§. 1. Paternus quoque scripsit, debere eum qui se meminerit armato præesse, parcissime commeatum dare: equum militarem extra provinciam duci non permittere: ad opus privatum, piscatum, venatum, militem non mittere: nam in disciplina Augusti ita cavetur. Etsi scio fabrilibus operibus exerceri milites, non esse alienum: vereor tamen, si quicquam permisero, quod in usum meum, aut tuum fiat: ne modus in ea re non adhibeatur, qui mihi sit tolerandus.

COMMENTARIUS.

I. Pergit tradere Paternus utilissima rei militaris præcepta. Ait enim, *debere eum, qui se meminerit armato præesse, parcissime commeatum dare.* Commeatus aliquando significat cibaria & annonam ad alimoniam exercitus. Unde commeatalis miles dicitur, cui in partem stipendii dantur alimenta e publico, *l. in nomine* 2. *§. & unumquemque* 9. *Cod. de offic. præf. præt. Afric.* Verum hæc significatio huc non pertinet. Est igitur Commeatus *facultas e signis abeundi ad certum diem concessa, privati negotii gerendi causa, l. debitorem* 3. *§. si ad diem* 7. *l. qui commeatus* 14. *de re milit.* Donatus ad illud Terentii in *Hecyra, Act.* 1. *sc.* 2. ℣. 100. *Raro in urbem commeat.* Sic ait: *Commeare est abesse inde, ubi te esse oporteat. Ergo hoc dicto ostendit, quam raro ad Urbem venias senex. Quippe commeatus est ex aliqua commoratione temporalis abscessus.* Quibus verbis Donatus, factum non jus respiciens, declaravit ipsum commeandi actum; nos vero Paterni mentem secuti, Commeatum diximus esse, *facultatem e signis abeundi*; hæc enim est quæ datur ab eo, qui armato præest, non vero commeatus, sive com-

meandi actus, qui facultatem illam consequitur. Eam vero facultatem epistolam vocaverunt Arcadius, Honorius, & Theodosius, *l. si desertores* 2. *Cod. de desertor.* quia facultas illa, epistolâ quadam datur ab eo, qui armato præest, Præposito videlicet, Decurione, Tribuno cohortis, aut eorum vicariis, *l. ne cui* 1. *Cod.* de commeatu, *l. jubemus* 16. *§. super* 2. *de erog. mil. Annonæ*, ut videlicet constet de commeatu, alioqui enim & verbis etiam dare potest, uti eum dedit Hannibal apud Livium, *Lib. XXI. cap.* 21. hoc modo: *Cum longinqua ab domo instet militia, incertumque sit, quando domos vestras, & quæ cuique ibi cara sint, visuri sitis; si quis vestrum suos invisere vult, commeatum do.* Dixi *privati negotii gerendi causa*; non, ut ex Donato didicimus, *commeare est abesse inde, ubi te esse oporteat*, & ideo miles, qui commeatu agit, non videtur reipublicæ causa abesse, *l.* 1. *de re mil. l. miles* 34. *juncta l. reipublicæ* 36. *ex quib. causis major.*

II. Cum autem duo tempora sint, pacis, & belli; de utroque distincte disputandum est. Vegetius, *Lib. II. de Re Milit. cap.* 19. de pacis tempore agens sic ait: *Tunc enim difficile commeatus dabatur nisi causis justissimis approbatis.* Huc pertinet Ælii Spartiani locus in *Hadriano*, quem, licet longiusculum, argumenti suscepti gratia describam propter egregiam doctrinam, quam continet Cæsaris Octaviani exemplo confirmatam, quem hic Paternus laudavit. *Inde* (inquit Spartianus) *in Germaniam transiit* (Imperator Hadrianus) *pacisque magis, quàm belli cupidus, militem, quasi bellum immineret, exercuit, tolerantiæ documentis eum imbuens, ipse quoque inter manipulares vitam militarem magistrans, cibis etiam castrensibus in propatulo libenter utens, hoc est, larido, caseo, & posca, exemplo Scipionis Æmiliani, & Metelli, & auctoris sui Trajani: multos præmiis, nonnullos honoribus donans, ut ferre possent ea, quæ asperius jubebat: si quidem ipse post Cæsarem Octavianum, labantem disciplinam incuria superiorum Principum, retinuit, ordinatis & officiis & impendiis: nunquam passus aliquem a castris injuste abesse, quum Tribunos non favor militum, sed injustitia commendaret: exemplo etiam virtutis suæ cæteros adhortatur, quum etiam vicena millia pedibus armatus ambularet, triclinia de castris & porticus & cryptas, & topia dirueret: vestem humillimam frequenter acciperet, sine auro balteum sumeret, sine gemmis fibulas stringeret, capulo vix eburneo spatham clauderet: ægros milites in hospitiis suis videret, locum castris caperet: nulli vitem, nisi robusto & bonæ famæ daret, nec tribunum nisi plena barba faceret, aut ejus ætatis quæ prudentia & annis tribunatus robur impleret, nec pateretur quicquam tribunum a milite accipere: delicata omnia undique summoveret, arma postremo eorum supellectilemque corrigeret. De militum etiam ætatibus judicabat, ne quis aut minor quàm virtus posceret aut major quàm pateretur humanitas, in castris contra morem veterem versaretur: agebatque ut sibi semper noti essent, & eorum numerus sciretur. Laborabat præterea ut condita militaria diligenter agnosceret: reditus quoque provinciales sollerter explorans, ut si alicubi quidpiam deesset, expleret. Ante*

omnes

omnes tamen enitebatur ne quid otiosum vel emeret aliquando, vel posceret. Pulcherrima reprehensio hodiernæ militiæ! Justinianus etiam devicta Africa jussit, ut ne qui Duces, aut Tribuni commeatum darent militibus, multis, & dignitatis privatione indictis, *l. in nomine* 2. §. *& unumquemque* 9. *Cod. de offic. præf. prat. Afric.* Commeatus autem non amplius dabatur, quàm triginta militibus, qui propterea dicti *commeatales viri*, *l. jubemus* 16. §. *super his* 2. *Cod. de erogat. milit. ann.* Interea dum aberant, pecuniæ quæ illis erogandæ erant, apud devotissima principia (id est, castrorum tribunalia, hac nostra *l. officium* 12. §. *officium* 2. *de re mil. Nov. Theod.* 1. *Const. de Cod. Justin. confirm.* §. *si qua* 4.) sequestrabantur, quibus redeuntibus, actuarius legionis, sive actarius, ut nonnulli malunt inscriptos lapides secuti, eorum pittacia, sive album proferebant, & debitam ei pecuniam expendebant, *d. l. jubemus* 16. §. *super his* 2. *Cod. de erog. mil. ann.* Sin verò amplius quàm triginta viros datis commeatibus Tribunus dimittere ausus fuisset; pecunias quidem, quæ post præfatorum triginta virorum numerum per commeatus dimissis militibus erogandæ fuerant, publicæ rationi erogator jubebat reportare, *d. l. jubemus* 16. §. *sin vero* 3. *Cod. de erog. milit. ann.* Ut liquidum itaque esset, quando miles absfuisset, & quando redire deberet, monuit Vegetius, *Lib. II. de Re Mil. cap.*19. quid faciendum esset. *Quando* (inquit) *quis commeatum acceperit, & quot dierum, adnotatur in brevibus*, ab actuariis scilicet, de quorum actis Vegetius loquitur ibidem. Quod si ad diem commeatus quis non veniat, perinde in eum statuendum est, ac si emansisset, vel deseruisset, pro numero temporis, facta prius copia docendi, num forte casibus quibusdam detentus sit, propter quos venia dignus videatur, Modestinus *Lib. IV. de pœnis l. desertorum* 3. §. *si ad diem* 7. *de re milit.* Idem fere scripsit Paulus, *Lib. singulari de pœnis militum*, *l. qui commeatus* 14. *de re milit.* quam propter eximiam elegantiam huc transcribam: *Qui commeatus*, inquit, *spatium excessit, emansoris, vel desertoris loco habendus est: habetur tamen ratio dierum, quibus tardius reversus est: item temporis navigationis, vel itineris: &, si se probet valetudine impeditum, vel a latronibus detentum, similive casu moram passum, dum non tardius a loco profectum se probet, quàm ut occurrere posset intra commeatum, restituendus est. Quod si nihil horum in causa fuerit, quominus intra tempus redierit, pro desertore, ut diximus, habetur, & ad suum Ducem cum elogio a Præside mittetur*, *l. desertorum* 3. *de re milit.* *Cum elogio*, inquit, id est, cum brevi expositione eorum, quæ contigerunt. Ad excedentes commeatum in Palatina militia pertinet *l. quicumque* 2. *Cod. de commeatu*, ubi alia illis imponitur pœna. Huc usque de pacis tempore.

III. Expeditionis tempore, sive cum arma in hostem movenda sunt, commeatum dari non oportere, certi juris est, *l. ne cui* 1. *Cod. de commeatu*, *juncta l. si quis* 9. *Cod. de re milit.* Quamobrem quod hic scripsit Paternus, debere eum, qui se meminerit armato præesse, parcissime commeatum

meatum dare, de tempore pacis intelligendum est; nam commeatum dare tempore, in quo barbarorum incursio extiterit, sive quod idem est, tempore belli, capitale est, *d. l. ne cui* 1. *Cod. de commeatu.*

IV. Alterum præceptum quod Paternus tradit, eò pertinet, ut qui præsunt exercitui, equum militarem extra provinciam duci non patiantur. Nimirum ut præsto sint. Elegans est in hanc rem Constitutio Valentiniani & Valentis, *l. tam Duces* 9. *Cod. Theod. de re milit.* Videnda quoque *l. nemo* 13. §. *si equos* 2. *Cod. Just. eod. tit.*

V. Tertium denique Paterni præceptum est, ad opus privatum, piscatum, venatum, militem non mittere. Pertinet hoc ad militiæ dignitatem. Videsis *l. nemo* 13. & *l. milites* 15. *Cod. de re milit.* Pulchrum etiam invenitur testimonium apud Vegetium, *Lib. II. de re milit. cap.* 19. *nec aliquibus* (inquit) *milites instituti deputantur obsequiis, nec privata iisdem negotia mandabantur. Si quidem incongruum videbatur, Imperatoris militem, qui veste & annona publica pascebatur, utilitatibus vacare privatis.* Sed Paternus sanctiori utitur testimonio. *Nam in disciplina* (inquit) *Augusti ita cavetur. Etsi scio fabrilibus operibus exerceri milites non esse alienum: vereor tamen, si quicquam permisero, quod in usum meum, aut tuum fiat, ne modus in ea re non adhibeatur, qui mihi sit tolerandus.* Augusti mens hæc erat. Non ignorabat ipse fabrilibus operibus, maxime quæ ex usu publico essent, exerceri milites alienum non esse a militari disciplina: nec abnuebat in privatum etiam usum aliquando ea permitti posse quin propterea militiæ dignitati detraheretur quicquam. Verum, cum ex levi etiam causa vigor disciplinæ militaris facile solvatur, asseveravit se non permissurum id. Verebatur enim, si in privatum usum, vel militis, vel etiam sui ipsius, illa exerceri conniveret, modus in ea re non adhiberetur, qui bono Imperatori tolerandus esset, sed excessus committeretur, qui minime ferendus: sive quod multi sibi idem licere postularent; sive quod ejus exemplo inferiores alii Duces passim hanc facultatem sibi tribuerent: vel denique quod facile non est intra justos permissionis terminos consistere: facile vero fit ex modica imperatoris indulgentia militarem gliscere abusum minime ferendum, qualis esset, si privati commodi caussa avocarentur passim a militari observantia. Cum igitur aliquis ab Augusto peteret ut exercere sibi liceret aliquod opus dignitati militiæ parum decens; Imperator prudentissimus negavit se id permissurum, quod usus militis, & militis *sui* proprium non esset. Etsi alias ipse non ignoraret, fabrilia opera aliena non esse a militis instituto.

TARUNTE-

TARRUNTENUS PATERNUS Libro primo Militarium. in l. quibusdam 6. de jure immunitatis.

Quibusdam aliquam vacationem munerum graviorum, conditio tribuit: ut sunt mensores, optio valetudinarii, medici, capsarii, & artifices, & qui fossam faciunt, veterinarii, architectus, gubernatores, naupegi, vallistrarii, specularii, fabri sagittarii, ærarii, buccularum structores, carpentarii, scandularii, gladiatores, aquilices, tubarii, cornuarii, arenarii, plumbarii, ferrarii, lapidarii, & hi qui calcem coquunt, & qui silvam infindunt, qui carbonem cædunt, ac torrent. In eodem numero haberi solent lanii, venatores, victimarii, & optio fabricæ, & qui ægris præsto sunt. Librarii quoque qui docere possint, & horreorum librarii, & librarii depositorum, & librarii caducorum, & adjutores corniculariorum, & stratores, & polliones, & custodes armorum, & præco, & bocinator. Hi igitur omnes inter immunes habentur.

COMMENTARIUS.

I. Constituto jure privato, & publico, quo universa Respublica Romana continebatur, cœpit Imperator Justinianus Digestorum *libro L.* proponere Jus Municipale, quo singulorum Municipiorum, & Civitatum jura reguntur. Cumque Jus istud Municipale tam in personis, quàm in rebus consistat; posteaquam de illis, ut dignioribus, egit titulis, 1. 2. & 3. protinus de rebus pertractavit in 4. de muneribus scilicet, & honoribus obeundis, ad quæ municipes vocantur, seu obligati sunt. Cum autem ab his vacatio, & excusatio, & immunitas, certis de causis aliquibus competat; *titulo 5. egit de vacatione, & excusatione munerum*; *& titulo 6. de jure immunitatis.* Leges igitur subjectæ huic postremo titulo ad jus immunitatis municipalis referendæ sunt.

II. De hac igitur immunitate Paternus agens, ita scripsit. *Quibusdam vacationem munerum graviorum, conditio tribuit. Conditio* hic intelligi debet ministerium, cui quis publice destinatus est, quo sensu dicitur *curialis conditio*, *Capitularium lib. VI. cap.* 128. & in eorundem *Additione III. cap.* 34. Propter aliqua igitur ministeria a muneribus gravioribus habent aliqui vacationem. Est autem Munus *administratio Reipublicæ cum sumptu sine titulo dignitatis*, *l. honor* 14. *§. munus* 1. *de muner. & honor.* in quo differt ab *Honore*, qui est *administratio Reipublicæ cum dignitatis gradu*, *d. l. honor* 14. *in princ. de muner. & honor.* Cum autem munus necessario obiri debeat ab his, quibus injunctum est, lege, more, imperiove ejus, qui jubendi habet potestatem, *l. munus* 214. *de verb. sign.* ut non immerito Festus dixerit: *munus significat officium cum dicitur quis munere fungi*; non aliter ab hoc officio quis potest eximi, nisi *immunis* fiat per eum, qui talem facere

Digitized by Google

possit, cujus verbi significationem idem Festus docuit, cum dixit: *Munem significare certum est officiosum: unde e contrario immunis dicitur, qui nullo fungitur officio. Nullo*, inquam; sic enim melius quàm, *nullus*, legitur, in meo Festi exemplari edito Mediolani anno MCDLXXI. Præterea, cum munera, vel animi provisione, & corporalis laboris intentione sine aliquo gerentis detrimento perpetrentur, veluti tutela, & cura, quæ munera personalia sunt, *l. munerum* 18. *§. personalia* 1. *de muner. & honor.* vel sumptibus patrimonii, & damnis administrantis expediantur, quæ patrimonialia dicuntur, *d. l. munerum* 18. *§. patrimonium* 18. *de mun. & honor.* vel corporis labore & sumptibus simul administrentur, quæ *mixta* nominantur, *d. l. munerum* 18. *§. mixta* 26. *& §. sed ea* 27. *de mun. & honor.* inde nata distinctio munerum graviorum, & minus gravium; & immunitas ab his, non ab illis, nisi justa fuerit excusationis causa. Adeoque non omnia corpora, vel collegia (id est, non omnes qui in corporibus, aut collegiis sunt) vacationem tutelarum habent, quamvis muneribus municipalibus obstricta non sint, nisi nominatim id privilegium indultum sit, *l. non tantum* 17. *§ non omnia* 3. *de excusation.* Est autem *immunitas privilegium a principe concessum ut ne quis cogatur obire munera.* Ii vero quibus immunitas tribuitur, sunt, quos instituto per Paternum ordine, persequar ego explicatione. Videlicet:

III. *Mensores.* Hi aut intelligi possunt, qui agros vel ædificia geometrice metiuntur, modumque renunciant, *l.* 1. *si mensor falsum modum dixerit*, juncto Plinio, *Lib. X. epist.* 28. aut mensores frumentarii, ad quos pertinet *lex mensores* 26. *de excusat.* quæ explicari debet eodem Paulo consulto, *Lib. I. Sentent. tit. de vac. & excus. muner. §. corpus* 2. ubi pro *mensurarum* sunt qui legant, *mensorum*, nulla necessitate adducti; & pro, *habent*, *habet*, cum hoc per syllepsin defendi possit: aut denique intelligi possunt, qui manu sive scriptura sua singulis denotant domus; & postibus, hospitaturi nomen adscribunt, *l. si quis* 1. *Cod. de metatis.* Et istud eorum officium, sive mensores Principis sint, *d. l. si quis* 1. *juncta ejus inscriptione*; sive militum, de quibus solum videtur mihi egisse Lucilius apud Nonium emendatus a Gerardo Johanne Vossio hoc modo:

- - *Viamque*
Degrumabis, uti castris mensor facit olim.

IV. Inter mensores, & metatores insignis est differentia. Metator universo exercitui præmissus locum deligit castris. Unde Optatus Afer Milevitanus, *Lib. III. de Schismate Donatistarum* sic ait: *Cum ante venturos milites, metatores, ut fieri solet, mitterentur.* Eosdemque intellexit Leo Imperator *de Bellico apparatu*, *cap.* 12. *§.* 57. Mensor autem singulis militibus, numeris, legionibus, loca dimetiebatur, vel hospitia præparabat. Elegantissimum est ad hanc distinctionem illustrandam Flavii Vegetii Renati testimonium *Institutorum Rei Militaris Lib. II. cap.* 7. *Metatores*

(in-

Digitized by Google

(inquit) *qui præcedentes locum eligunt castris*: scilicet, totis. Et paullo post: *Mensores, qui in castris ad podismum* (id est, ad pedaturam, sive mensuram pedibus definitam) *dimetiuntur loca, in quibus milites* (singuli, vel singularum cohortium) *tentoria signant, vel hospitia in civitatibus præstant.* Ita locuti, qui rei militaris scientiam professi sunt. Verum aliquando metator cum mensore solet confundi, & metator dicitur is, qui hospitium præparat: quod mensoris est proprium. Sic B. Cyprianus, *Lib. IV. ep.* 2. *Primum hospitium vobis in carcere præparavit: & metator quodammodo vester, nunc quoque vos antecedit.* Et Eumenius Rhetor in *Panegyrico Constantini*: *cap.* 17. *Non frustra enim doctissimi viri dicunt, naturam ipsam magnis mentibus domicilia corporum digna metari, & ex vultu hominis, ac decore membrorum colligi posse, quantus illos cœlestis spiritus intrarit inhabitator.* Denique Pacatus in *Panegyrico, cap. 6. Divinus ille animus venturus in corpus, dignum prius metatur hospitium.*

V. *Optio valetudinarii.* In vulgata, & Stephani editione melius legitur, *optiones*. Quod parum interest. Hoc multum, ut antequam aliquid de hujus loci sententia proferamus, utriusque verbi significationem indagemus. M. Terentius Varro, *Lib. IV. de Lingua Latina* ita scripsit. *Quos hi* (decuriones) *primo administros ipsi sibi adoptabant, Optiones vocari cœpti, quos nunc propter ambitionem Tribuni faciunt.* Sex. Pompejus Festus, *Lib. XIII. de verb. signif. pag.* 179. editionis Fulvii Ursini secundum exemplar Bibliothecæ Farnesianæ sic ait: *Optio, qui nunc dicitur, antea appellabatur accensus. His* (ego lego, *Hic*) *adjutor dabatur centurioni a Tribuno militum, qui ex eo tempore, quem velint, centurionibus permissum est optare, etiam nomen ex facto sortitus est.* Ubi ut sensus sit integer, sic legendum puto. *Qui ex eo tempore, quo quem velint, centurionibus permissum est optare, etiam nomen ex facto sortitus est.* Deinde adducit Festus Plauti locum ex *Asinaria*, qui hodie aliter legitur, ut paulo postea videbimus. Festi Epitomator ait: *Optio est optatio. Sed in re militari optio appellatur is, quem Decurio, aut Centurio optat sibi rerum privatarum ministrum, quo facilius obeat publica officia.* Postremo Nonius Marcellus in eandem sententiam ait: *Optiones in cohortibus, qui sunt honesti gradus, ut optatos, quod est, electos; & adoptatos, quod adscitos, Varro de Vita Po. Ro. Lib. III. existimat appellatos. Referentibus Centurionibus adoptati in cohortes subibant ut semper plenæ essent legiones a quo optiones in turmis decurionum, & in cohortibus centurionum appellati.* Præclare B. Isidorus *Etym. Lib. IX. cap.* 3. quem eruditissimum scriptorem quicumque non magni æstimat, videtur mihi parum recte sentire. Ait vir sanctissimus. *Optiones dicti quod sint electi. Nam optare eligere est, sicut est illud: optavitque locum regno, id est, elegit.* Hæc cum ita sint, Optionem interpretari debemus, Decurionum, Tribunorum, aut Centurionum ministrum, quem postremum Livius, *Lib. VIII. cap.* 8. *Subcenturionem* nominavit. Luculentissimus est Vegetii locus ad Optionis,

Digitized by Google

interpretationem illustrandam, *Lib. II. Institutor. Rei Mil. cap.* 7. *Optiones*, ait, *Ab optando appellati*, *quod antecedentibus* (militibus principalibus, & ut proprio utar vocabulo, *principibus*) *ægritudine præpeditis*, *hi*, *tanquam adoptati eorum* (id est, tanquam electi) *atque vicarii*, *solent universa curare*. Ex hoc loco emendandus est alter Modesti, unde Vegetius suum optime descripsit, & loco illorum verborum, *pro eorum vicario*, legendum, *ut eorum vicarii*, & interpretandus etiam Plautinus Demænetus, qui Asinariæ Actu 1. scena 1. sic ait.

Tibi optionem sumito Leonidam.
Fabricare quidvis, quidvis comminiscere.
Perficito argentum hodie ut habeat filius.

Nimirum hortatur ille Libanum servum, ut adjutorem sibi sumat Leonidam, callidum æris emunctorem, ut viginti minas alicunde extorqueat filio suo.

VI. Nullo negotio nunc intelligentur leges omnes, quæ Optionis meminerunt, si eum interpretemur alterius vicarium, atque ministrum. Sic optiones fœderatorum in *l. licet* 35. *Cod. de locato & conducto*, *& in Nov. CXVI. cap.* 1. fœderatorum sunt vicarii: Suariorum optiones in *l. nemo aliter* 22. *Cod. Theod. de div. offic.* eorum ministri sunt: Speculariorum optiones in *l. divus* 6. *de bonis damnat.* illorum vicarii: Susceptorum optiones in *l. ult. Cod. Theod. de jure fisci*, *l. excellentia* 9. *Cod. de erogat. mil. ann.* alias simpliciter optiones, *l. quicumque* 3. *Cod. de apochis publicis*, *Nov. CXVI. cap.* 1. ministri sunt annonarii, qui scilicet a susceptore, sive coactore annonam militarem exigebant, quam postea erogabant, & distribuebant militibus, tribunis, & præpositis. Unde Justinianus *Nov. CXXX.* jubet uniuscujusque numeri optiones suscipere species sine qualibet tergiversatione, & erogare magistris militum, & militibus in specie præbita annonas. Sed & Procopius, *Lib. I. Hist. Vandalicæ* sic ait: *Curam gerebat erogationis militaris. Optionem hunc vocant Romani.* Verum de Optione hactenus. Quamobrem *Suboptio* apud Gruterum, *pag. DXXIX. num.* 8. idem est ac *Subadjuva* apud Imperatorem Leonem, *l. ex eo* 4. *Cod. de agent. in reb. l. agentes* 1. *Cod. de Præposit. agent. in reb.*

VII. *Valetudinarii* sunt, qui salute infirma laborant, *l. post susceptam* 40. *de excusat. l. inviti* 8. *de testib. l. officium* 12. §. *ult. de mil.* Verum hæc significatio huc non pertinet. Hoc enim vocabulum ideo additum puto ut optionis ministerium declaretur. Sciendum igitur valetudinarium idem esse ac nosocomium, sive locum, ubi ægri curantur, hispane, *Enfermeria.* Columella de *Re Rust. Lib. XI. cap.* 1. *sive quis*, *quod accidit plerumque*, *sauciatus in opere noxam ceperit*, *adhibeat fomenta*: *sive alter languidior est*, *in valetudinarium confestim deducat*, *& convenientem ei cæteram curationem adhiberi jubeat.* Seneca ad Lucilium, *epist. XLVII. Non sum*

ſum tam improbus, ut curationes æger obeam: ſed tanquam in eodem valetudinario jaceam, de communi malo tecum colloquor, remedia communico. Et *Lib. I. de Ira, cap.* 16. *Si intraſſem valetudinarium exercitatus & ſciens, aut domum divitis* (exemplar meum rariſſimum Neapoli excuſum an. MCDLXXV. *ut*, habet optime pro *aut*, & *domos* divitis pro *divites*, niſi malis legere, *domum*, ut in reliquis exemplaribus) *non idem imperaſſem omnibus per diverſa ægrotantibus. Varia in tot animis vitia video, & civitati curandæ adhibitus ſum: pro cujuſque morbo medicina quæratur.* Quæ cum ita ſint, *Optio valetudinarii* eſt miniſter noſocomii, hiſpane, *Ayudante de enfermeria, o, de hoſpital.*

VIII. *Medici ſunt ſalutaris ac neceſſariæ artis ad hominum vitam tuendam profeſſores, l. ea quæ principes* 14. *Cod. Theod. de med. & profeſſ. l.* 1. *§. medicorum* 1. *de extr. cogn.* Medici nomine Chirurgus etiam intelligi debet, quem Plinius, *Lib. XXIX. Hiſt. Nat. cap.* 1. de Archagato loquens, expreſſius vocavit *vulnerum medicum.* Seneca ad Lucilium loquens, *epiſt. CIV. Medicina ægro, non regio quærenda eſt. Fregit aliquis crus, aut extorſit articulum? non vehiculum, navemque conſcendit; ſed advocat Medicum, ut fracta pars jungatur, ut luxata in locum reponatur. Quid ergo? animum tot locis fractum, & extortum, credis locorum mutatione poſſe ſanari? majus eſt iſtud malum, quam ut geſtatione curetur.* Hujuſmodi Medicum qui fracta jungit, & luxata in locum reponit. Hiſpane dicimus, *algebriſta.* De Nerone refert Suetonius cap. 37. mori juſſis non amplius, quàm horarium ſpatium dediſſe, ac ne quid moræ interveniret, Medicos admonebat, qui *cunctantes continuo curarent.* Ita enim vocabat venas mortis gratia incidere. Tertullianus *adverſus Marcionem, Lib. II. cap.* 16. *Quid enim ſi Medicum quidem dicas eſſe debere, ferramenta vero ejus accuſes, quod ſecent, & inurant, & amputent, & conſtringent, quando & ſine inſtrumento artis, Medicus eſſe non poteſt.* Adde eundem in *Scorpiaco, cap.* 3. & S. Auguſtinum, *Lib. XXII. de Civ. Dei, cap.* 8. Sed præter cæteros audiendus Plautinus ſenex in *Menechmis, Actus V. ſcena* 3. ſic facetiſſime loquens.

Lumbi ſedendo, oculi ſpectando dolent,
Manendo Medicum, dum ſe ex opere recipiat.
Odioſus tandem vix ab ægrotis venit.
Ait ſe obligaſſe crus fractum Æſculapio,
Apollini autem brachium.

IX. Verum ut teſtes etiam Juriſconſultos advocemus, Medici imperite *ad* ſecantis venam meminit Proculus apud Ulpianum, *l. qua actione* 7. *§. ult. ad l. Aquilliam.* & Gajus, *l. ſeq. Cod.* Medici teſtes excidentis, Hadrianus apud Ulpianum, *l. lege* 4. *§. idem* 2. *in fine ad l. Corn. de ſicar.* Inſtrumentorum Medici, Caſſius apud Paulum, *l. cum de lanionis* 18. *§. in inſtrumento* 10. *de inſtr. vel inſtrum. legat.* & ipſe Paulus, *Lib. III. Sentent. tit.*

tit. 6. de legat. §. instrumento 62. Omnes Medicinam Romæ professos, & liberalium artium doctores, quò libentius & ipsi Urbem incolerent, & cæteri appeterent, civitate donavit C. Cæsar, ut in ejus *Vita* refert Suetonius, cap. 42. Deinde Augustus XI. Consul cum Calpurnio Pisone, cum adeo gravi morbo decubuisset, ut nulla salutis spes adesset, & Antonius Musa, quum nihil Augustus eorum quæ maxime ad sanationem opus erant, potest facere, lavacris frigidis, frigidisque potionibus eum sanitati restituisset, ob eam rem multa pecunia donatus ab Augusto, & a Senatu, ususque annuli aurei (libertus enim erat) ei datus est, immunitasque non ipsi modo, sed omnibus eandem artem exercentibus in posterum quoque tempus concessa, ut narrat Dio, *Lib. LIII. pag.* 517. Posteriores Principes eandem immunitatem confirmarunt, multis privilegiis eam augentes, ut legimus *titulis Cod. Theod. & Justin. de Medicis & Professorib.* Quod si Principes tam liberales fuerunt in Medicos certis in locis habitantes; quanto æquius ut liberalitate sua prosequerentur eos, qui exercitum sequuntur?

X. *Capsarii* sunt qui aliquid in capsis asservant. Unde recte Paulus, *l. nam salutem* 3. *§. adversus* 5. *de offic. Præf. Vig.* Capsarios dicit esse, qui mercede, servanda in balneis vestimenta suscipiunt, de quibus loquitur Ulpianus, *l. athletas* 4. *§. ait Prætor* 2. *de his qui notantur infam.* & S. Epiphanius *adversus hæres. cap.* 24. *contra Bionæos.* Eadem significatione Capsarius etiam Ulpiano intelligitur servus is, qui portat libros, *l. si collactaneus* 13. *de man. vind.* Nimirum mos fuit Romanis, ut pueros in Scholas euntes sequerentur servuli portantes libros in capsis. Juvenalis, *sat. X.* verba faciens de studiosis tironibus famam ambientibus ✠. 114. ait.

Eloquium ac famam Demosthenis, aut Ciceronis
Incipit optare, & totis quinquatribus optat,
Quisquis adhuc uno partam colit asse Minervam.

Ubi vetus Scholiastes consulendus est. Ad quem morem alludens Suetonius *in Nerone*, *cap.* 36. ait. *Constat quosdam* (damnatorum liberos) *cum pædagogis, & capsariis uno prandio pariter necatos.* Et apertius elegantiusque Sanctus Augustinus in *Psalm. XXXI. Nobis*, ait, *serviunt Judæi, tanquam capsarii nostri; studentibus nobis codices portant.* Atque, ut recentiora exempla afferamus, Ferdinandus Talavera, primus Archiepiscopus Granatensis, scholas frequentare solitus, ut videret qua ratione in iis doceretur, cum a puero suo familiari studii ratio exigeretur, & respondere nesciret; causam ab eo quæsivit: cui puer respondit, *Non habuisse se, qui Decretales libros in Scholam portaret, adeoque ad illorum enarrationem parum attentum fuisse.* Tunc Archiepiscopus amicis verbis eum castigavit propterea quod cum esset nobilissimus, & cujusdam Ecclesiæ Cathedralis Canonicus, immemor esset officii sui. Et sequenti die jussit optimus antistes mulam ad se deduci una cum Decretalibus, quos ipse cum supra sellam po-

posuisset, ad Scholam comportavit, non eo solum die, sed quindecim continuis. Cumque adesset clariss. vir Johannes Fonseca, Decanus Hispalensis, & ipse vellet eo officio perfungi; *Minime*, inquit, *sine me id facere, sic enim pueri mei animis erunt submissioribus.* Narrat hoc egregium factum Franciscus Bermudezius, *Antiquitatum Granatensium Lib. III. cap.* 10. *& in Hist. Granat. Parte IV. cap.* 14. quem scriptorem ego plurimi facio; quia candide refert Laminarum Granatensium inventionem. Sed ut ad jus nostrum redeam, Capsarum quæ librorum gratia habentur, meminit Paulus, *l. supellectili* 3. *§. præterea* 2. *de sup. legat.* Et ne Paulus sibi contrarius esse videatur, *Lib. III. Sent. tit.* 6. *de legat. §. supellectile* 67. verba illa, *non solum librorum, aut quæ vestis ponendæ gratia parata sunt*, parenthesi includi debent, tanquam exceptio quædam, & sequens particula, *sed*, intelligi non debet respondere illi præcedenti, *solum*; sed contextum præcedentem continuare, ut apparet ex conjunctione, *&*, quæ mox sequitur. Quæ ut clarius intelligantur, Jurisconsulti verba collocatione naturali sic ordinemus. *Supellectile legata debebuntur capsæ, armaria. Non* (debebuntur) *quæ solum parata sint librorum* (ponendorum) *aut vestis ponendæ gratia. Sed &* (supellectile legata) *byssina, & crystallina, & argentea, & vitrea vasa, tam escaria, quam pocularia, & vestes senatoriæ, legato cedunt.* Verum ut eo unde egressi sumus, redeamus; capsarii hoc loco non sunt intelligendi qui libros portant; ridiculum enim esset illis immunitatem concedere; neque ii qui in balneis vestimenta suscipiunt; hoc enim esset contrarium disciplinæ militaris severitati, ut colligi potest ex iis, quæ Vegetius scribit, *Lib. I. de re mil. cap.* 3. An igitur erunt, qui capsas conficiunt? Et hos quidem immunitatem habere mihi certum est, non minus enim necessarii sunt in castris, quàm in oppidis: unde in Vulgata, & Stephani editione non male legitur, *capsarii artifices.* Verum si conjunctionem interpositam, quæ in Pandectis Florentinis est a recenti manu, retinere malis, solum superest ut capsarios hoc loco intelligamus, qui res militum asservant.

XI. *Et Artifices.* Quinam Artifices? Nimirum illi, qui recensentur in brevi, sive notitia, aut indice, quem debemus Constantino, legiturque in *l.* 2. *Cod. Theod. de excus. artif.* in aliquibus interpolata a Justiniano in *l.* 2. *ejusd. tit.*

XII. *Et qui fossam faciunt.* Uno verbo *fossores.* Vide Vegetium, *de Re Militari, Lib. III. cap.* 8.

XIII. *Veterinarii.* Hujus nominis explicationi Grammaticorum testimonia præmittam. Festus ait. *Veterinam bestiam, jumentum Cato appellavit a vehendo. Opilius veterinam dici putat, quasi venterinam, vel uterinam, quod ad ventrem onus religatum gerat.* Nonius Marcellus *Veterina animalia dicuntur omnia, quæ vehere quid possunt. Lucretius Lib. V.*

Ne forte ex homine & veterino semine equorum.

Quid

Quid igitur nos statuemus? Esto jumentum dicatur veterina bestia; sed non a vehendo, ventre, aut utero, ut Cato, & Opilius voluere. Nam ipse Lucretius, quem Nonius affert ad suam notationem confirmandam, veterino sanguine partos vocat canes, pecudes, & bucera, cum tamen hæc animalia nec quidquam vehant, nec ad ventrem onus religatum gerant. Lucretius *Lib. V.* ✝. 862. sic ait:

At levisomna canum fido cum pectore corda,
Et genus omne quod est veterino semine partum,
Lanigeræque simul pecudes, & bucera secla,
Omnia sunt hominum tutelæ tradita, Memmi.

XIV. Apertissima est horum carminum sententia. Egregius ille philosophus cum videret bestias omnes homini subjectas, voluit hoc poëtice dicere, & veterini seminis nomine nihil aliud intellexit, quàm bestiarium, sive irrationale. Quo pacto etiam paulo inferius locutus est. Cum enim elegantissime descripsisset diversam hominum, & equorum naturam, ita conclusit ✝. 888.

Ne forte ex homine & veterino semine equorum
Confieri credas Centauros posse, neque esse,
Aut rapidis canibus succintas semimarinis
Corporibus Syllas, & cætera de genere horum
Inter se quorum discordia membra videmus.

Quapropter veterinum, ut dixi, est bestiarium; veterinarii qui bestias curant, brevius, mulomedici. Veterinariorum meminit Columella *Lib. VI. cap.* 8. *Solent* (inquit) *etiam fastidia cibo afferre vitiosa incrementa linguæ, quas ranas veterinarii vocant.* In eorum favorem lata est *lex nec mulionibus* 3. *Cod. Theod. de cursu publico.* Ipsorum Ars, dicitur *Veterinaria*, cujus etiam meminit Columella *Lib. VII. cap.* 3. per hæc verba: *Veterinariæ medicinæ prudens esse debet pecoris magister.* Meminit etiam Firmicus, *Lib. VIII. cap.* 13. Extant Vegetii libri quatuor Artis Veterinariæ, seu Mulomedicinæ, ubi aliorum meminit, qui de hac Arte scripserunt, laudanturque ab eo in Præfatione Pelagonius, Columella, Chirus, & Absyrtus, cujus etiam meminit Suidas. Præterea Hippiatriam scripsit Hierocles, cujus & Pelagonii, & Theomnesti, aliorumque Græcorum libelli adhuc hodie supersunt.

XV. *Architectus.* Architectonicæ professor. Ad Architectos pertinet *lex L.* 2. & 3. *Cod. Theod. de excus. artif.* apud Accursium, & Stephanum legitur, *Architecti.*

XVI. *Gubernatores*, qui gubernaculi clavum tractantes navem dirigunt. Laberius, qui plurima verba finxit, pro gubernatore dixit *gubernium* in *Anna Perenna*, teste Gellio, *Noct. Atticar. Lib. XVI. cap.* 7. unde dubitare licet, an *Gubernius* legi debeat apud S. Isidorum *Etymol. Lib. XIX. cap.* 1. *de navibus*, ubi sic ait: *Gubernio qui & Gubernator.* De Gubernatore

tore multa ſcripſit Seneca acutiſſime, ut ſolet, *epiſt. LXXXV.* Papinius Statius dixit eum *Præſidem*, *Thebaidos Lib. X.* ℣. 182.

Non ſecus amiſſo medium cum præſide puppis
Fregit iter, ſubit ad vidui moderamina clavi,
Aut laterum cuſtos, aut quem penes obvia ponto
Prora fuit.

Et licet alias is ſoleat dici *navis magiſter*, cui rerum in navim impoſitarum cura demandata eſt, *l. item* 13. *§. ſi magiſter* 2. *locat. conduc. juncta l.* 1. *§. magiſtrum* 1. *de excerc. act.* aliquando etiam Gubernatores appellantur navis magiſtri. Ideoque Palinurus Æneæ navis gubernator iſto ſe decorat nomine apud Virgil. *Lib. VI. Æneid.* ℣. 349.

Namque gubernaclum multa vi forte revulſum,
Cui datus hærebam cuſtos, curſuſque regebam,
Præcipitans traxi mecum. Maria aſpera juro,
Non ullum pro me tantum cepiſſe timorem,
Quam tua ne, ſpoliata armis, excuſſa magiſtro,
Deficeret tantis navis ſurgentibus undis.

Gubernatoris officium elegantiſſime deſcripſerunt Manilius, & Vegetius. Ille *Aſtronomicon*, *Lib. IV.* per hæc verba.

Noverit orbem
Fluminaque, & portus mundi, ventoſque neceſſe eſt.
Jamque huc atque illuc caligine vertere clavum,
Et frenare ratem, fluctuſque effindere rectos.

Vegetius autem, *Lib. IV. cap.* 43. non minus perite & ad noſtrum argumentum accommodatius. *Nauticorum*, inquit, *gubernatorumque ſollertia eſt, loca in quibus navigatur, portuſque cognoſcere, ut infeſta prominentibus, vel latentibus ſcopulis, vadoſa ac ſicca vitentur. Tanto enim ſecuritas major, quanto mare altius fuerit. In navarchis diligentia, in gubernatoribus peritia, in remigibus virtus eligitur: propterea quia navalis pugna tranquillo committitur, mari, liburnarumque moles non ventorum flatibus, ſed remorum pulſu adverſarios percutit roſtris, eorumque rurſum impetus vitat. In quo opere lacerti remigum, & ars clavum regentis magiſtri victoriam præſtat.*

XVII. *Naupegi* ab eo dicti quòd navim compingant, navium ſunt fabricatores. Opinor ego naupegorum munus etiam fuiſſe unire navium tabulas, quæ ita fabricabantur, ut facile comportari poſſent diſſolute, faciliterque etiam compingi, cum uſus poſceret: quod inventum antiquiſſimum eſt, utpote quo uſa dicitur Semiramis edocta a Phœnicibus, Syris, & Cypriis navium architectis, ut refert Diodorus Siculus *Bibliothecæ Lib. II. cap.* 16. *pag.* 73. Naupegorum mentio eſt apud Chalcidium, & Firmicum.

XVIII. *Valliſtrarii.* V pro B frequenter permutatur in Pandectis Florentinis. Parum autem intereſt balliſtrarii ſcribatur more Græcorum, ut in *Nov.* 85. *cap.* 3. an balliſtarii more Latinorum; ſicut etiam in Gloſſis *bal-*

listra legitur pro *ballista*. Est autem ballista genus tormenti bellici, ut docet S. Isidorus, *Etymol. Lib. XVIII. cap.* 10. *de fundis.* cujus elegantes descriptiones vide apud Vitruvium, *Lib. X. cap.* 15. Vegetium, *Lib. IV. de Re Milit. cap.* 22. Ammianum Marcellin. *Lib. XXIII.* Justum Lipsium Poliorceticωn, *Lib. III. Dialogismo* 3. Ballistarios hic intelligere debemus, qui ballistas fabricantur.

XIX. *Specularii.* Horum loco recensentur ab Accursio, & Stephano *Bacularii* nullo sensu. Specularii solent intelligi qui specula conficiunt, *l. artifices* 2. *Cod. Theod. de excus. artificum*, *quæ* 1. *est in eod. tit. Cod. Just.* atqui hæc significatio hujus loci est impropria: etenim in exercitu cui bono specularii, nisi Archimedes aliquis sit Imperator, & inimicorum classem velit urere? Levissima unius litterulæ mutatione lege, me auctore, *Spicularii*, qui efformant spicula, & optime recensentur inter ballistarios, & fabros sagittarios. De spiculis autem videndus Vegetius, *Lib. II. de Re Milit. cap.* 15.

XX. *Sagittarii fabri*, qui sagittas fabricantur. *Fabri* ait Paternus, ne intelligamus illos qui sagittas emittunt.

Ærarii buccularum. Hæc duo nomina conjungenda sunt, & ærarii buccularum erunt qui ex ære bucculas conficiunt, quarum meminit *lex* 1. *Cod. Theod. de fabricensib.* Existimavi aliquando aliorum opinionem secutus, bucculas esse buccarum tegmina de casside pendentia. Sed nunc aliter me sentire cogit *d. l.* 1. *Cod. Theod. de fabric.* ubi post cassides referuntur bucculæ, quæ minime recenserentur post eas, si buccula esset pars cassidis. In errorem conjecit viros eruditos male intellectus Juvenalis, *sat. X.* ℣. 133. cum dixit:

Bellorum exuviæ, truncis affixa trophæis
Lorica, & fracta de casside buccula pendens.

Sed Satyricus loquitur de trophæis, in quibus conspiciuntur clypei e cassidibus pendentes, prout passim in antiquis numismatis conspiciuntur. Est igitur buccula umbo clypei. Adeoque Isidorus in Glossis ait: *Angia*, *ferrum bucculæ scuti*, & alibi: *Ancile*, *scuti buccula.* Harum meminit Livius, *Lib. XLIV. cap.* 34. *Neminem totis mox castris quietum videres, acuere alii gladios, alii galeas, bucculasque, scuta alii, loricasque tergere.* Et Julius Capitolinus in *Maximino juniore. Fecit & galeas gemmatas, fecit & bucculas.*

XXI. *Structores* sunt fabri cæmentarii. Cicero ad *Q. Fratrem*, *Lib. II. ep.* 6. *A puero ut discessi, veni in aream tuam. Res agebatur multis structoribus Longolium redemtorem cohortatus sum. Fidem mihi faciebat, se velle nobis placere. Domus erit egregia.* Unde manifeste colligitur, Structores fuisse Architectorum ministros. Vegetius *Lib. II. de Re Milit. cap.* 11. inter artifices militares etiam enumerat structores. Caput illud integrum describam, quia non modicam lucem huic legi affert. *Habet*, inquit, *præterea Legio fabros lignarios, structores, carpentarios, ferrarios, pictores, reliquosque artifices*

fices ad hybernorum ædificia fabricanda; *ad machinas*, *turres ligneas*, *cæteraque quibus vel expugnantur adversariorum civitates*, *vel defenduntur propriæ*, *præparatos*: *qui arma*, *qui vehicula* (legendum puto, *quive spicula* propter verbum sequens) *cæteraque genera tormentorum*, *vel nova facerent*, *vel quassata repararent*. *Habebant etiam fabricas scutarias*, *loricarias*, *arcuarias*, *in quibus sagittæ*, *missilia*, *cassides*, *omniaque armorum genera formabantur*. *Hæc enim erat cura præcipua*, *ut quicquid exercitui necessarium videbatur*, *nunquam deesset in castris*: *usque eo ut etiam cunicularios haberent ad morem Bessorum*, *ducto sub terris cuniculo*, *murisque intra fundamenta perfossis*, *improvisi emergerent ad urbes hostium capiendas*. *Horum judex erat proprius Præfectus Fabrorum*. Cicero *fabrûm*, non *fabrorum*, audebat dicere, ut ipse ait in *Oratore*, *cap.* 87. Alia est alibi Structorum significatio, quos nos vocamus, *trinchantes*, de quibus consulendi Philologi.

XXII. *Carpentarii* non hic intelligendi, qui carpenta regunt, de quibus agitur in *l. nec mulionibus* 31. *Cod. Theod. de cursu publico*, sed qui carpenta conficiunt. Est autem carpentum idem ac vehiculum, *l. si quando* 18. juncta *l. juxta* 20. *Cod. Theod. de cursu publ.* sive rheda, *arg. l. perspicue* 30. *ejusd. tit.* Carpenta partim fuisse contecta, partim revelata docet Apulejus, *Lib. X. Metam.* Revelata intelligo illa, quorum meminit Palladius Rutilius, *Lib. X. tit.* 1. *cum ait*: *uni jugero asserit Columella* 24. *stercoris carpenta sufficere*. Contecta matronarum Romanarum, *Nam prius Ausonias matres carpenta vehebant*, ut ait Ovidius *I. Fastor.* ✝. 619. Tale fuit illud Agrippinæ, de qua Tacitus *XII. Annal. cap.* 42. *Suum quoque fastigium Agrippina extollere altius*, *carpento capitolium ingredi*, *qui mos sacerdotibus*, *& sacris antiquitus concessus venerationem augebat feminæ*. Consule Ant. Augustinum in lege *Oppia*. Figuram Carpenti Agrippinæ vide apud Spanhemium, *Diss. VII. de præst. & usu numism. pag.* 613. Minime autem negavero idem Carpentum posse contegi, & revelari, ut nunc rhedæ, quas *sillas* vocamus, de quibus puto Apulejum locutum fuisse *Metamorphos. Lib. X.* Carpentariorum autem nomine etiam intelligi debent plaustrarii; sed Tarruntenus usus est vocabulo honestiore, quo decorabantur, qui carpenta, vehicula, rhedas, aut plaustra conficiebant, argumento ducto ab explicatione Carpenti, quam tradidit S. Isidorus *Etymol. Lib. XX. cap.* 12. licet alias illi proprio nomine dicerentur *vehicularii*, *rhedarii*, *plaustrarii*.

XXIII. *Scandularii* erant, qui scandulis habitacula contegebant. Sunt autem scandulæ tabellæ pertenues, quæ tegularum vicem præstant, sic dictæ propterea quod una supra aliam scandat, ita ut omnes sint proclinatæ ne aqua pluvia supra eas immoretur, easque putrefaciat: de quibus ita Vitruvius, *Lib. II. cap.* 1. *Ad hunc diem nationibus exteris ex his rebus ædificia constituuntur*, *ut in Gallia*, *Hispania*, *Lusitania*, *Aquitania*, *scandulis robusteis*, *aut stramentis*. Sed distinctius Plinius, *Nat. Hist. Lib. XVI. cap.* 10. *Scandulæ e robore aptissimæ*, *mox e glandiferis aliis*, *fagoque*: *facillimæ ex omnibus*

quæ ruinam ferunt. Scandula contectam fuisse Romam ad Pyrrhi usque Bellum annis CDLXX. Cornelius Nepos auctor est. Scandularum etiam meminerunt Hirtius, *Lib. VIII. de Bello Gallico*, *cap.* 42. Columella, *Lib. VIII. cap.* 3. Palladius, *Lib. I. de Re Rust. tit.* 22. Atque Apulejus *III. Metam.* dixit, *tectum scandulare.* Scandulas nonnulli dici volunt, *scindulas*, moti auctoritate Isidori *Etymol. Lib. XIX. cap.* 19. *de lignariis*, ubi sic ait: *Scindulæ eo quod scindantur, id est, dividantur.* Verum unde colligunt eum locutum esse de tegulis ligneis, & non de assulis, quas *astillas* dicimus, & a scindendo *scindulas* recte vocare possumus? Adeoque necessaria non est ulla emendatio, sicut nec in *l. si quis* 17. *tit.* 25. *Lib. I. Legis Longobardorum*, ubi in Codice m. s. qui fuit Antonii Augustini, quique est apud me, sic optime legitur. *Si quis de casa erecta lignum quodlibet, aut scindulas furatus fuerit, componat sol. VI.*

XXIV. *Gladiatores*, qui gladios efformant, hispane, *Espaderos*, licet alias intelligi soleant, qui ab lanistis instituuntur (*espadachines*) & in otio civili, & domestica quiete cruenta edunt spectacula, *l. un. Cod. de gladiat. penit. tollendis.* Ex quo titulo colligitur, non de his, sed de gladiorum confectoribus Tarruntenum loqui, cujus verba in Pandectas relata sunt. Quod valde notandum est ut alia vocabula ambiguæ significationis, quæ in hac lege occurrunt ad artifices referamus.

XXV. *Aquilices*, quos ob artis peritiam vocavit Columella, *Lib. II. cap.* 2. indagatores aquarum, & Nonius ob artificium dixit esse, qui aquam colligunt, sunt qui aquarum inventos ductus, & modos docili libratione ostendunt, ut recte ait *l. mechanicos* 3. *Cod. Theod. de excus. artif.* sive, ut transpositione aliqua non necessaria legimus in *l.* 2. *Cod. Just. qui aquarum ductus, & inventos modos docili libratione ostendunt*, a qua libratione dicti etiam *aquæ libratores d. l.* 1. *Cod. de excus. artif. Aquileges* dicuntur in editione Stephani; *aquilex* in vulgata. Conjectari liceat diversos fuisse *Aquilices*, & *Aquileges*, & confusionem ortam ab ambiguitate primi casus, *aquilex*: ita ut illi sint qui aquam eliciant, homines superstitiosi, de quibus ita Festus, *Aquælicium dicitur, cum aqua pluvialis remediis quibusdam elicitur: ut quondam, si creditur, manali lapide in urbem ducto.* Eò pertinent Festa aquilicia, de quibus *Tertull. cap.* 40. *Apolog.* Aquileges erant qui aquam legerent. Philologis hoc disputandum relinquo.

XXVI. *Tubarii*, qui tubas conficiunt. Tubam enumerat Vegetius inter belli signa semivocalia, *Lib. III. de Re Milit. cap.* 5. ubi sic tubam describit, distinguitque. *Tuba, quæ directa est, appellatur Buccina, quæ in semetipsam æreo circulo flectitur.* Ex quibus infero, tubam nomen esse generale, quod sæpissime ad directam contrahitur, licet aliquando etiam significet circumflexam. Lucanus *Lib. I. Pharsaliæ.*

. . . . Batavique truces, quos ære recurvo
Stridentes acuere tubæ.

XXVII. *Cor-*

XXVII. *Cornuarii*, qui ad cantum cornua disponunt. Vegetius, *Lib. III. de Re Milit. cap. 5. Cornu appellatur, qui ex uris agrestibus argento nexum, temperato ære spiritu, quem canentis flatus emittit, auditur.* Quanquam etiam cornua ex ære fiebant. Varro, *Lib. IV. de Lingua Latina. Cornua, quod ea, quæ nunc sunt ex ære, tunc fiebant ex bubulo cornu.* Et Ovidius *Lib. I. Metamorph.*

Non tuba directi, non æris cornua flexi,
Non galeæ, non ensis erat.

XXVIII. *Arcuarii* melius, quàm *arcarii*, quomodo in vulgata, & Stephani editione legitur, sunt fabricatores arcuum. Vegetius, *Lib. II. de Re Milit. cap.* 11. *Habebant etiam fabricas scutarias, loricarias, arcuarias, &c.*

XXIX. *Plumbarii*, qui plumbum accommodant ad usum, quem res postulat, ut fistulas, tubos, & alia hujusmodi. Hi etiam recensentur inter artifices, *l. artifices* 2. *Cod. Theod. de excusat. artif.* quæ est 1. *Justin. Cod. ejusd. tit.*

XXX. *Ferrarii*, qui ibidem etiam recensentur, explicatione non egent. Adde Vegetium, *Lib. II. de Re Mil. cap.* 11.

XXXI. *Lapidarii*, quorum etiam fit mentio in *d. l. artifices* 1. *Cod. Theod. de excus. art.* sunt artifices, qui in lapidibus operas suas faciunt, sive eos e lapicidinis extrahant, qui lapicidæ dicuntur, de quibus Varro, *Lib. VII. de Lingua Latina*: *Qui lapides cædunt, lapicidas.* Sive machinis quibusdam lapides comportent, aut extollant, aut deferant, & alicubi locent, de quibus Mela apud Ulpianum, *l. si ut certo* 5. *§. interdum* 7. *commod.* In Bello etiam ballistariis lapides ministrabant.

XXXII. *Et qui calcem coquunt.* Clarius loqui non possumus; sed si plura desideras, adi titulum *Cod. Theod. de calcis coctoribus*, & ibi Jac. Gothofredum.

XXXIII. *Et qui sylvam infindunt*, sive *incidunt*, ut Accursius, & Stephanus legunt, uno verbo, lignatores.

XXXIV. *Qui carbonem cædunt, ac torrent*, id est, qui lignum futurum carbonem cædunt, ac torrent, sive coquunt, ut melius loquitur Ulpianus, *l. ligni* 55. *§. si lignum* 7. *de legat.* 3. *l. carbonum* 167. *de verb. sign.* adeoque Accursius & Stephanus legunt, *arborem* pro *carbonem*. Sed nulla necessitate; nam quam ob causam Ulpianus dixerit cæsum carbonem, colligi potest ex quæstione ab ipso proposita in *l. fundi* 17. *§. si ruta* 6. *de act. emti.*

XXXV. *In eodem numero haberi solent lanii*, qui lanienam exercent, & carnes crudas vendunt, de quibus Plautus in *Captiveis*, *Actus IV. sc.*2. ℣.38.

Tum lanii autem, qui concinnant liberis orbas oves,
Qui locant cædundos agnos, & duplam agninam danunt.

Phædrus, *Lib. III. fab.* 4.

Pendere ad Lanium quidam vidit Simium,
Inter reliquas merces atque opsonia.

Adde elegantem inscriptionem apud Reinesium, *classe IV. nu.* 3. *Solent*, inquit Tarruntenus, ut intelligamus non semper iis immunitatem concessam. Quod intelligendum est etiam de Venatoribus, de quibus nunc agemus.

XXXVI. *Venatores.* Diocletianus, & Maximianus in *l. venatoribus* 6. *Cod. de excusat. muner.* ita Cajo cuidam rescripserunt. *Venatoribus immunitas ob hanc professionem solam nullo jure concessa probari potest.* Quid igitur si huic professioni aliqua utilitatis publicæ ratio addebatur? Puto solere concedi. Equidem Venatores ad Militiam legi solitos discimus ex Vegetio, *Lib. I. de Re Milit. cap.* 7. per hæc verba: *Fabros ferrarios, carpentarios, macellarios, & cervorum, aprorumque venatores, convenit sociare militiæ.* Hujusmodi Venatoribus sine dubio concedebatur immunitas ob militiam cum venatione conjunctam.

XXXVII. *Victimarii*, qui victimas præparabant. Livius, *Lib. XLI. cap.* 19. *Dum de his rebus in Senatu agitur, Cn. Cornelius evocatus a viatore, cum templo egressus esset paulo post rediit confuso vultu; & exposuit patribus conscriptis, bovis sescenaris, quem immolavisset, jecur defluxisse: id se victimario nuncianti parum credentem, ipsum aquam effundi ex olla, ubi exta coquerentur jussisse, & vidisse ceteram integram partem extorum, jecur omne inenarrabiliter absumptum.* Iidem libros cremabant, cum opus erat, Livius, *Lib. XL. cap.* 29. *Libri in comitio, igne a victimariis facto, in conspectu populi cremati sunt.* Et Valerius Maximus, *Lib. I. cap.* 1. *exemplo* 12. *L. Petilius Prætor Urbanus ex auctoritate Senatus per victimarios igne facto in conspectu populi cremavit.* Cremabantur autem libri, quos Ulpianus dicit esse improbatæ lectionis, *l. ceteræ* 4. *§. mala* 1. *famil. ercisc.* veluti magicæ artis, Paulus, *Lib. V. Sent. tit.* 23. *ad leg. Cornel. de sicar. & venef. §. penult.* & hæreticorum, *l. dicere* 3. *§. quoniam* 3. *Cod. de summa Trinitate & Fide Catholica, l. damnato* 6. *§. nec vero* 1. *l. quicumque* 8. *§. nulli* 5. *l. ex Manichæo* 16. *§. qui habet* 2. *Cod. de hæret. & Manich. l. Eunomianæ* 34. *Cod. Theod. de hæret.*

XXXVIII. *Et optio fabricæ.* Fabrica est Fabrûm officina. Optio fabricæ adjutor Præfecti, vel Judicis Fabrûm.

XXXIX. *Et qui ægris præsto sunt*, qui scilicet destinantur, ut ægris serviant, hispane, *Enfermeros.*

XL. *Librarii quoque qui docere possent*, sive ut melius Accursius, & Stephanus legêre, *possunt.* Librarius est librorum scriptor, Cicero filius *Lib. XVI. Famil. epist.* 21. *Peto a te ut quam celerrime mihi librarius mittatur, maxime quidem Græcus: multum enim mihi eripitur opere in exscribendis hypomnematis.* Immunitas autem non omnibus librariis concedebatur; sed iis qui docere possent. Præclare de militaribus librariis sic scribit Vegetius, *Lib. II. cap.* 7. *Librarii ab eo* (appellati) *quod in libros referant rationes ad milites pertinentes.* Videsis etiam *cap.* 19. *ejusd. libri.*

XLI. *Et horreorum librarii.* Horrea erant conditoria ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponebant custodiæ causa, *l. nam salu-*

salutem 3. *§. effractura* 2. *de offic. Praef. vigil.* veluti vina, *l. tabernam* 7. *de instr. vel instr. legato*, *l. cum convenit* 2. *Cod. de peric. & comm. rei vend.* instrumenta, *l. si quis* 6. *de edendo*, pignora, *l. pignus* 9. *Cod. de pign. act. l. ult. §. Titius* 1. *de pignor. act.* frumenta, legumina, & similia, *l. qui penum* 3. *§. ult. de penu legata.* Alexander Severus horrea in omnibus Urbis Regionibus publica fecit, ad quae conferrent bona ii, qui privatas custodias non haberent, teste Lampridio in ejus *Vita*, cum antea pauciora horrea in Urbe essent. Hinc in P. Victoris libello *de Regionibus Urbis Romae* horrea numerantur CCXC. praeter ea quae privati habebant, quorum nonnulla erant mobilia, *l. Titius* 60. *de adq. rer. dom.* Habebant illa horrea suos librarios, qui rationum libros conficiebant, unde constabat quid in horreis deponeretur, quidque ex illis extraheretur. Ejusmodi igitur librariis immunitas concessa est. Fuisse etiam constituta horrea per castra erogationi militaris annonae intelligi potest ex *legibus* 1. 5. 11. 16. 17. 32. *Cod. Theod. de erogat. mil. ann.*

XLII. *Et librarii depositorum.* Milites olim jubebantur donativorum partem apud signa deponere, ut desertionem non cogitarent, & ut ne pecunia per luxum abuterentur. Religio mihi esset non transcribere elegantissimum Vegetii testimonium *Lib. II. Rei Milit. cap.* 20. Tu, si libet, ad alia transvola. Vegetius ita scribit. *Illud vero ab antiquis divinitus institutum est ut ex donativo quod milites consequuntur, dimidia pars sequestraretur apud signa, & ibidem ipsis militibus servaretur, ne per luxum, aut inanium rerum comparationem a contubernalibus possit absumi. Plerique enim homines, & praecipue pauperes, tantum erogant, quantum habere potuerint. Sepositio autem ista pecuniae primum ipsis contubernalibus docetur accommoda. Nam, cum publica sustententur annona, ex omnibus donativis augetur eorum pro medietate castrense peculium. Miles deinde qui sumptus suos scit apud signa depositos, de deserendo nihil cogitat, magis diligit signa: pro illis in acie fortius dimicat more humani ingenii, ut pro illis habeat maximam curam, in quibus suam videt positam esse substantiam. Denique decem folles, hoc est, decem sacci, per cohortes singulas ponebantur, in quibus haec ratio condebatur. Addebatur etiam saccus undecimus, in quem tota legio particulam aliquam conferebat, sepulturae scilicet causa, ut si quis ex contubernalibus defecisset, de illo undecimo sacco ad sepulturam ipsius promeretur expensa. Haec ratio apud signiferos (ut nunc dicunt) in cophino servabatur. Et ideo signiferi non solum fideles, sed etiam literati homines diligebantur, qui & servare deposita, & scirent singulis reddere rationem.* Hactenus Vegetius, qui mirifice illustrat legem nostram. Suetonius etiam in *Domitiano cap.* 7. eorundem meminit depositorum per haec verba: *Geminari legionum castra* (Domitianus) *prohibuit: nec plusquam mille numos a quoquam ad signa deponi: quod L. Antonius apud duarum legionum hyberna res novas moliens, fiduciam cepisse etiam ex depositorum summa videbatur.*

XLIII. *Et librarii caducorum.* Olim si nemo esset ad quem bonorum posses-

possessio pertinere posset, aut esset quidem, sed jus suum omiserit, Populo bona deferebantur ex lege Julia Caducaria, Ulpianus *tit.* 28. *de possessionib. dand.* §. *intestati* 7. Idemque dixerat Labeo apud Callistratum in *l.* 1. §. *an bona* 1. *de jure fisci*, nisi quod pro Populo cujus ærario augendo lata fuit lex Julia, & Papia, referente Tacito Annal. *Lib. III. cap.* 25. fiscum dixit Labeo, quemadmodum post eum locuti sunt Hadrianus in SCto. quod legitur, *l. item* 20. §. *præter hæc* 6. *de her. pet.* Julianus, *l. quidam* 96. §. *quotiens* 1. *de legat.* 1. & in Edicto Perpetuo a se composito, *l.* 1. §. *an bona* 1. *de jure fisci.* Papinianus, *l. ult. de succes. edic. l. quod Divo Marco* 50. *de man. test.* & Ulpianus ipse, *l. ergo* 4. §. *eadem constitutio* 17. & §. *si bona* 20. *de fid. libert.* quod constitutione Imperatoris Antonini confirmatum fuit, ut innuere videtur idem Ulpianus, *tit.* 17. *de caducis*, §. *hodie* 2. Neque mirandum est fiscum pro ærario dice Jurisconsultos, cum ex quo Principes summa rerum potiti sunt, hæc nomina promiscue usurpari cœperint, ut exempla memorata docent, & apertius colligitur ex *l. edicto* 13. *juncta l. senatus* 15. §. *senatus* 3. *de jure fisci.* Hæc cum ita sint, quod diximus de Populi ærario, aut Principis fisco, etiam obtinebat in milite capite damnato. Bona enim castrensia intestati militis mortui, cognati usque ad quintum gradum vindicabant, & post eos fiscus, *l. bona* 2. *de veteran. & milit. success.* quæ lex fuit excerpta ex Papiniani *Lib. XVI. Responsorum*, ubi de reis capitalium criminum egit. Aliud est in militibus sua, aut ab hostibus morte decedentibus. Nam cum aliquis ex eis fuerit rebus humanis exemptus, atque intestatus sine legitimo hærede decesserit, ad vexillationem in qua militaverit, res ejusdem necessario perveniunt, *l. universis* 2. *cum l. præcedenti Cod. de hæred. decur. & navicul.* Atque hæc sunt bona, quæ caducis legionis delata dicuntur, *l. ergo* 4. §. *eadem* 17. *de fideic. libert.* & quæ legioni dicuntur vindicanda in *fragmento epistolæ* Imperatoris Hadriani ab Ulpiano descripto in *l. si quis* 6. §. *ejus* 7. *in fine de inj. rup.* Quapropter *Librarii caducorum* sunt, qui ejusmodi caducorum rationes scribebant, & servabant.

XLIV. *Et adjutores Cornicularior um.* Asconius Pædianus *in tertia contra Verrem* sic ait. *Accensus nomen est ordinis & promotionis in militia*: *ut* (lege me auctore, *&*, ut ex altero Asconii testimonio mox patebit) *nunc dicitur princeps, vel commentariensis, aut cornicularius*: *hæc enim nomina de legionaria militia sumta sunt.* Et alibi: *Accensi dicebantur attributi decurionibus, hoc est, ministri eorum, quasi ad censum additi, quos nunc commentarienses, & cornicularios appellant.* Rationem nominis explicavit Cassiodorus, *Variar. Lib. XI. epist.* 36. ubi de Corniculario loquens ait: *Præfuit enim cornibus* (ita legendum est, & non *curibus*) *Secretarii Prætoriani, unde ei nomen est derivatum.* Adjutores igitur Corniculariorum, erant adjutores Commentariensium, hispane, *Oficiales de Contaduria*, ita dicti ut ex Cassiodoro colligitur propterea quod officio suo fungebantur ad mensæ cornu, *al cabo de la*

la mesa. Tribunus plebis etiam habebat Cornicularium suum, ut testis est Valerius Maximus, *Lib. VI. cap.* 13. Præterea erat Cornicularius in Militia Palatina, de quo plurima mentio in Codice, apud Suetonium, Symmachum, Cassiodorum, & alios.

XLV. *Et Stratores.* Ita dicuntur qui aliquid sternunt: & propterea multi designantur hoc nomine. Sic igitur solent appellari, qui stratum equi componunt, dominum in equum sublevant, dextra illi substrata sive subjecta, ad frenum currunt, & domini equum, ubi opus est, capistro deducunt. Spartianus in Caracalla: cum illum in equum strator ejus levaret; hispane, *su palafrenero.* Ammianus etiam Marcellinus, *Lib. XXX. cap.* 9. *Cum eum* (Valentinianum) *oblatus non susciperet equus, anteriores pedes præter morem erigens in sublime, innata feritate concitus, ut erat immanis, dexteram stratoris militis jussit abscindi, quæ eum insilientem jumento pulsaret consueto: perissetque cruciabiliter innocens juvenis, ni tribunus stabuli cerealis dirum nefas cum sui periculo distulisset.* Stratorum ejusmodi peculiaris erat schola in palatio Principis, & in provincias mitti solebant ad probandos equos. Verum hæc significatio videtur non convenire huic loco; multoque minus illa alia, quam nonnulli assignant, ajentes Stratores intelligi eos quibus reorum custodia commissa est, *l. unic. Cod. de cust. reor.* satis enim constat emendandum ibi *stratorum* nomen, & reponendum *statorum* ex *l. in eadem* 10. *ex quib. caus. major.* quam emendationem confirmare videtur Manilius, *Astronomicωn Lib. V.* dum statorem subindicat ab stando derivari:

Carceris & duri custos, quo stante superbe
Prostratæ jaceant miserorum in limine matres.

Quapropter solum superest ut dicamus, stratores hic debere illos intelligi, quorum in militia sub præceptoribus militaribus numeri erant: qui scilicet castra præibant ut loca facerent accommodatiora ad exercitum traducendum: iidemque posticum prætorii in castris Imperatoris, seu prætorii, tuebantur, eique proximi erant, ut docet Hyginus in *Gromatico*, sic dicti a sternendo quòd viam expeditiorem redderent, ac complanarent. Quam ob causam S. Johannes Baptista dictus *Strator.*

XLVI. *Et polliones.* Conjectabar olim fortasse irrepsisse alterum λάμβδα, & existimabam dici posse poliones esse fullones, qui polienda vestimenta suscipiunt, *l. item* 13. *§. si fullo* 6. *locati*, *l. qui vas* 48. *§. si ego* 4. *l. fullo* 82. *de furtis §. item Inst. de obl. quæ ex delic.* qui certe necessarii sunt in comitatu militari. Sunt qui legunt *pelliones*, & intelligunt illos, qui pelles præparant, ex quibus tentoria conficiuntur, quæ Celsus *pelles* vocavit, *l. Labeo* 7. *de supel. legat.* & Q. Curtius *Lib. VII. cap.* 8. *Noctem vigiliis extraxit, sæpe pellibus tabernaculi allevatis ut conspiceret hostium ignes.* Adde Festum in *contubernales.* E pellibus etiam subitariæ naves fiebant, quarum primus auctor fuisse dicitur Octavianus navali bello quo depugnavit contra Sex. Pompejùm teste Dione *Lib. XLVIII. pag.* 367. Equidem pelliones in-

Digitized by Google

ter artifices numerantur *l. artifices* 1. *Cod. de excuſ. artific.* in ſubjecta ei notitia, *l.* 2. *Cod. Theod. eod. tit.* Sed fortaſſe neceſſaria non eſt emendatio, cum pellio, & pollio videantur promiſcue uſurpari. Sic Chryſalus apud Plautum *in Bacchid. Actus II. ſc.* 2. ſic ait:

Non herus, ſed actor mihi cor odio ſauciat.
Etiam EPIDICUM, *quam ego Fabulam æque ac me ipſum amo,*
Nullam æque invitus ſpecto, ſi agit Pellio.

Ubi Pellionis nomine intelligit P. Pollionem Comœdum, ut facile intelligere poſſimus, Polliones dictos Pelliones: quod ſi hoc in familiari nomine contigit, idem eveniſſe credendum eſt in generali, ſeu appellativo.

XLVII. Et *cuſtodes armorum.* Hi ſatis noti ſunt. Erant autem hujuſmodi cuſtodes, quia lege Julia de vi publica tenebatur, qui arma, tela domi ſuæ, agrove, in villa præter uſum venationis, vel itineris, vel navigationis coëgerit, *l.* 1. *ad l. Jul. de vi publ.*

Et præco, qui voce mea non indiget.

Et boccinator, qui canit buccina, ut committatur prœlium. Vide Vegetium, *Lib. I. de Re Milit. cap.* 7. *& Lib. II. cap.* 22. Parum autem intereſt *boccinator* more Græcorum, an *buccinator* legatur cum Accurſio, & Stephano.

Hi igitur omnes inter immunes habentur.

GRE-

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
MESSIUS:
SIVE AD
MESSII, JURISCONSULTI, FRAGMENTUM COMMENTARII.

DE MESSIO, JURISCONSULTO.

CUM Messius in eodem auditorio cum Papiniano sederit, uti constat ex *l. ult. de jure fisci*: cumque notissimum sit, Papinianum occisum fuisse A. Christi CCXI. fortasse Messius J. C. fuit ille T. Messius Extricatus, qui A. Christi CCXVII. u. c. CMLXX. Consul fuit cum C. Bruttio Præsente, ut constat ex Fastis Consularibus. Itaque Messius collocari debet inter Papinianum, & Triphoninum, ut colligitur ex *dicta l. ult. de jure fisci.*

PAULUS Libro tertio Decretorum.
in l. Valerius ult. de jure fisci.

Valerius Patroinius Procurator Imperatoris Flavio Stalticio prædia certo pretio addixerat. deinde facta licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione obtinuerat, & in vacuam possessionem inductus erat. de fructibus medio tempore

 perceptis

perceptis quærebatur. Patroinius fisci esse volebat. Planè si medio tempore inter primam licitationem, & sequentem adjectionem percepti fuissent: ad venditorem pertinere. sicut solet dici, cum in diem addictio facta est, deinde melior conditio allata est. Nec moveri deberemus quòd idem fuisset, cui & primo addicta fuerant prædia. Sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuisset, recessum est ab hoc tractatu. itaque placebat fructus emptoris esse. Papinianus & Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant prædia, iniquum esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere: emptorem verò pensionem ejus anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quòd ei frui non licuisset, atque si hoc ipsum in emendo convenisset. pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem, quòd quidem domino colerentur, universos fructus habere. si verò sub colono, pensionem accipere, Tryphonino suggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante præcepti in prædiis fuissent: respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt: eos quoque emptorem accepturum.

COMMENTARIUS.

I. Valerius Patroinius, Procurator Imperatoris Antonini Caracallæ Flavio Stalticio prædia certo pretio addixerat: deinde facta licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione obtinuerat prædia, & in vacuam possessionem inductus erat: quod arguit prædia illa minime fuisse locata, & a nemine possessa, sive detenta. De fructibus medio tempore perceptis quærebatur, ad quem pertinere deberent? ad Fiscum-ne, qui prædia addixerat; an ad Stalticium? Medium tempus intelligitur, quod intervenit, inter addictionem, & receptam licitationem. Patroinius, Procurator Imperatoris, Fisci esse volebat fructus medio tempore perceptos. Contra Stalticius contendebat, suos. Ut Paulus proferat suam sententiam, distinguit casum, qui contingere potuit, ab eo quod re vera contigit. Pauli verba sunt hæc. *Plane si medio tempore inter primam licitationem, & sequentem adjectionem percepti fuissent*, ad venditionem pertinere: (id est, constat) *sicut solet dici, cum in diem addictio facta est, deinde melior conditio allata est*: facit *l. item 6. de in diem addict.* Prosequitur Paulus, & ait. *Nec moveri deberemus, quòd idem fuisset, cui & primo addicta fuerant prædia.* id est, nec quicquam faceret in favorem Stalticii, quod ipse & primam & secundam licitationem accepisset: fructus enim inter primam & secundam licitationem percepti non cedunt primo, neque secundo licitanti, qui in proposito casu unus idemque fuit, Stalticius scilicet; sed venditori cedunt, qui Fiscus fuit. Ideo in specie proposita Procurator Imperatoris recte petiit. Sed longe aliter evenit. nam medio tempore nulli fructus fuere percepti, adeoque nullus locus quæstioni superest. Audiamus Paulum. *Sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuisset, recessum est ab hoc tractatu: itaque placebat fructus*

Digitized by Google

fructus emtoris esse. Pauli sensus est. Quid tractamus de fructibus Fisco adquirendis? si hi demum percepti sunt post secundam licitationem, quo tempore Stalticius jam erat dominus pleno jure prædiorum, adeoque vineæ, totiusque vindemiæ, in qua prædiorum fructus consistebant?

II. Prosequitur Paulus, & tertiam speciem proponit a superioribus diversam, quæ sic se habet. Prædia locata addicta fuerunt: & adjecta conditio fuit. Non agitur hic de privato addicente, quo casu pensiones utique ei cedunt, qui locaverat, nisi si quid nominatim convenisse proponatur, *l. Julianus* 13. *§. si in locatis* 11. *de act. emti, & vend.* contra quàm evenit in fructibus jam maturis agri distracti, & non locati, qui fructus emtori cedunt, nisi aliud convenit, dicta *l. Julianus* 13. *§. si fructus* 10. Quod si emtor fundi locati vult repellere conductorem, potest, *l. arbores* 59. *§. quidquid* 1. *de usufr.* Si repellit, utitur fruitur, teneturque venditori pensiones solvere, & venditor conductori colono ex conducto: fit itaque circulus. Sed non agitur hic de privato; sed de Fisco, qui si uteretur eodem jure ac privati, perciperet pensiones ab emtore fruente, & teneretur colono conductori non fruenti. Sed ne hujusmodi circulus fiat, Papinianus & Messius novam sententiam induxerunt, & quia sub colono erant prædia, cum addicta fuerunt, colonusque ea coluerat; existimarunt, iniquum esse, fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere: ne vero id fieret cum detrimento emtoris, voluerunt emtorem pensionem ejus anni accipere. Quamobrem cum hoc pacto liceat colono uti frui, *atque si hoc ipsum in emendo convenisset*, qui color est quæsitus huic sententiæ novæ; queri nequit colonus, quòd ei frui non licet, ac propterea Fiscus colono non tenetur ex conducto. & licet hæc sententia nova esset; Procurator Fisci in specie proposita pronunciavit secundum Papiniani & Messii opinionem, emtorem universos fructus habere propterea quod domino colerentur, si prædia locata non essent; quod si locata essent, emtorem pensionem accipere debere. Hæc de fructibus pendentibus. Tryphonino deinde suggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante percepti in prædiis fuissent; Procurator Fisci respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt, eos quoque emtorem accepturum: ergo si venisset, Fiscus acciperet pensionem, ex regula dictæ *l. Julianus* 13. *§. si in locatis* 11. *de action. emti & venditi.*

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, RUTILIUS MAXIMUS: SIVE AD RUTILII MAXIMI FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE RUTILIO MAXIMO, JURISCONSULTO.

QUO tempore vixerit Rutilius Maximus, non memini legisse. Scripsit certe post Plebiscitum Falcidium, ut testatur ejus *Liber singularis ad Legem Falcidiam* Augusto triumviro latam a P. Falcidio Tribuno Plebis, Gn. Domitio M. F. Calvino & C. Asinio Pollione Coss. A. u. c. DCCXIV. testibus Dione Cassio *Lib. XLVIII. pag.* 377. & Eusebio Cæsariensi in *Chron. num.* 1976. Ejus nec nomen sciremus, nisi superesset lex, quam interpretandam suscepimus.

RUTILIUS Maximus Libro singulari ad Legem Falcidiam. in l. si heres 125. *de legatis* 1.

Si heres centum præcipere jussus sit, & restituere hereditatem, & patronus bonorum possessionem contra tabulas petierit: sicut legata, ita & præceptio pro parte, quam patronus abstulit, minuetur.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Cum Rutilius Maximus ſcriberet, non minus legata, quàm præceptiones per legem Falcidiam minui, quod docuerunt etiam alii Juriſconſulti, ut Scævola, *l. filio* 94. *ad leg. Falc.* Marcianus, *l. in quantum* 91. *Paulus*, *l.* 1. *eod. tit.* voluit hoc ipſum confirmare pulcherrimo exemplo, inſtituta comparatione inter partem patrono debitam, & quartam Falcidiam. Cum enim libertus aliqua legata relinquit ab herede inſtituto, quem præcipere aliquid jubet reſtituta hereditate; ſi forte patronus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petat, ſicut minuuntur legata pro parte, quam aufert patronus; ita & præceptio, *l. Plautius* 43. *de cond. & dem.* Debuerat addere Rutilius & portionem ejus, cui hereditas reſtituitur, pro juſtâ minui. Itaque ſi libertus ſine liberis decedens, & mille verbi cauſa in bonis habens, me inſtituerit heredem, damnaveritque præceptis quingentis, Titio centum dare, & reliquum hereditatis, quadringenta ſcilicet tibi reſtituere; patrono auferente quingenta, quæ dimidia pars eſt totius hereditatis; relicta mihi, & ceteris pro dimidia minuuntur. Præcipiam igitur ducenta quinquaginta: dabo Titio quinquaginta: Tibi reſtituam ducenta. Quanta autem pars patrono antea deberetur, quanta hodie, & quando, pleniſſime diſces ex *tit. Inſt. de ſucceſſ. libertor.*

GREGO-

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, FURIUS ANTHIANUS: SIVE AD FURII ANTHIANI FRAGMENTA COMMENTARII.

DE FURIO ANTHIANO, JURISCONSULTO.

LAURENTIUS Theodorus Gronovius in *Emendationibus Pandectarum juxta Florentinum exemplar examinatis*, *pag.* 81. [Μέρος ἐδίκτυ βιβλία πέντε.] *Inter Opera Furii Anthiani contra fidem Taurellus ita edidit: nec aliter Haloander* partis edicti lib. quinque. *In iis libris quinque Furius non explicavit partem edicti, sed totum edictum: unde appellantur hi libri* ad edictum. *Haloander pro nominativo fecit genitivum, sed suo arbitrio. Si libuisset Taurello sequi lectionem antiquissimi Florentini manuscripti puram putam, certe & sibi & manuscripto pristinam auctoritatem servasset. In illo manuscripto legi* Μέρος ἐδίκτυ βιβλίων πέντε. *Omnia sana, id est*, pars edicti librorum quinque: *nam citatur tantum pars quinque librorum edicti*: librorum edicti, *hoc est, ex libris ad edictum: quemadmodum etiam in Digestis appellantur, l. ult. de pactis & l. ult. de dol. malo, & l. ult. de rei vindic.* Postea subjungit exempla similium locutionum. Furius itaque Anthianus scripsit ad Edictum libros quinque. Quo tempore, tunc

Digitized by Google

tunc dicam, cum videbo certi temporis notam aliquam: nam neque Furius Anthianus alios laudat, neque eum alii: neque ipse aliquid dixit, quod certo tempori conveniat.

FURIUS ANTHIANUS Libro primo ad Edictum. in l. si reus. ult. de pactis.

Si reus postquam pactus sit, a se non peti pecuniam (ideoque cœpit id pactum fidejussori quoque prodesse) pactus sit, ut a se peti liceat: an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori? quæsitum est: sed verius est, semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse.

COMMENTARIUS.

I. Exceptiones, aut reales sunt, aut personales. Personales sunt, quæ personæ cohærent, & personam debitoris non egrediuntur: seu quibus id tantum efficitur, ut res debita peti ab aliquo nullatenus possit, vel saltem non in solidum, ut exceptio, *nisi bonis cesserit*, quæ reo principali competit ex lege Julia de cessione bonorum: non ejus fidejussoribus; quia personæ debitoris adhæret. *§. ult. Inst. de replicat.* ubi Imperator Justinianus hanc rationem addit, *quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.* Plura personalium exceptionum exempla vide in *l. nisi* 22. *l. idem* 25. *§. personale* 1. *de pactis*, *l. maritum* 12. *cum l. seq. sol. matr. l. & si* 24. *cum l. seq. de re judic. l. exceptiones* 7. *in princ. de except.*

II. Exceptiones reales sunt, quæ ex re ipsa oriuntur, & rei cohærent: seu quibus efficitur, ut res ipsa seu debitum extinguatur, vel minuatur, ut exceptio rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est, *l. exceptiones* 7. *§. rei autem* 1. *de excep.*

III. Hac exceptionum divisione præmissa, facile intelligemus Justiniani regulam in *§. ult. Inst. de replic. Exceptiones autem* (inquit) *quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus. Plerumque*, inquit: quoties scilicet exceptio est realis, non cum est personalis, dicta *l. exceptiones* 7. *in princ. & §.* 1. *de except.* Ratio est, quia peremta principali obligatione, etiam accessoriam extingui necesse est. Et sane, si fidejussor ope exceptionis non liberaretur, sequeretur ipsum etiam reum securum non fieri per exceptionem; quandoquidem ipse fidejussori suo semper maneret obnoxius actione mandati contraria, *§. quid autem* 6. *Inst. de fidej. l. adversus* 29. *de receptis*, *l. idemque* 10. *§. fidejussores* 11. *mand. l. mandati* 14. *Cod. de fidej.* Et hanc eandem rationem Justinianus reddidit in dicto *§. ult. de replic.* per hæc verba. *Et recte: quia quod ab iis* (fidejussoribus)

ſoribus) *petitur, id ab ipſo debitore peti videtur, quod ii pro eo ſolverint.* Videamus tamen quid Paulus moneat, *Lib. III. ad Plautium in l.* 32. *de pactis. Quod dictum eſt, ſi cum reo pactum ſit, ut non petatur, fidejuſſori quoque competere exceptionem: propter rei perſonam placuit, ne mandati judicio conveniatur. Igitur ſi mandati actio nulla ſit, forte ſi donandi animo fidejuſſerit, dicendum eſt, non prodeſſe exceptionem fidejuſſori.* Hoc vero caſu excepto, niſi & fidejuſſori proſit exceptio, ne reo quidem proderit. Qua ratione (illa ſcilicet de vitanda actione mandati, ad quod neceſſe eſt ut fidejuſſor etiam liberetur) & ſi de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit perinde ſuccurrendum eſſe per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo (debitore) obligati ſunt, ac ſi etiam cum ipſis pactus eſſet, ne ab eis pecunia peteretur, Juſtinianus *dicto* §. *ult. Inſt. de replic.* niſi forte nominatim id actum, ne a ſolo debitore petatur, *l. niſi* 22. *l. idem* 25. §. *perſonale* 1. *de pactis.* Ait Juſtinianus, *ſuccurrendum eſſe per exceptionem*, ut intelligamus differentiam, quæ eſt inter ſtipulationem, & pactum. Stipulatio contraria ſtipulatione tollitur ipſo jure; quia juris civilis auctoritate nititur; pactum tamen contrario pacto ipſo jure non tollitur; ſed neceſſe eſt ut elidatur replicatione, *l. ſi unus* 27. §. *pactus* 2. *de pactis.* quia pacta nituntur Prætoris auctoritate, *l.* 1. §. *juris gentium* 7. §. *ait Prætor* 7. *de pactis.* ac propterea licet ſecundo pacto actum ſit, ut res ad terminos & præcepta juris civilis redigatur; tamen ipſo jure non tollit prius pactum. Hoc enim proprium eſt ſolius legis, operari ipſo jure. Prætor autem tanta auctoritate non pollet. Præterea ait Juſtinianus, *placuiſſe perinde ſuccurrendum eſſe per exceptionem pacti conventi* de non petenda pecunia illis quoque qui pro debitore obligati ſunt, uno verbo, fidejuſſoribus, *ac ſi etiam cum ipſis pactus eſſet* (creditor) *ne ab eis pecunia peteretur.* Ex quibus verbis colligitur, etiam illis ignorantibus prodeſſe pactum debitoris.

IV. His præmiſſis, ad noſtram legem accedamus. Furius Anthianus, *Lib. I. ad Edictum, ubi de pactis egit*, hanc ſpeciem propoſuit. Pactus fuit debitor, *ne a ſe pecunia peteretur.* Certi juris eſt, id pactum fidejuſſori quoque prodeſſe, *l. & heredi* 21. §. *ult. de pactis.* quemadmodum prodeſſet etiam debitoris tranſactio: nam, non poſſunt conveniri fidejuſſores, liberato reo tranſactione, *l. fidejuſſores* 68. §. *ult. de fidej.* Poſtea debitor iterum pactus fuit, *ut a ſe peti liceret.* quæſitum eſt an utilitas prioris pacti ſublata ſit fidejuſſori. Et Furius Anthianus ait, *verius eſſe, ſemel adquiſitam fidejuſſori pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non poſſe.* Quid mirum? cum omnes exceptiones (reales ſcilicet) quæ reo competunt, fidejuſſori quoque, invito reo, competant, *l. omnes* 19. *de except.* Huic doctrinæ nihil adverſatur Paulus in *l. ſi unus* 27. §. *pactus* 2. *de pactis.* neque enim ejus ſententia eſt, ut poſterius pactum debitoris fidejuſſoribus noceat: ſed ut poſterius pactum eorumdem fidejuſſorum, quorum & fuerat primum, ſibi

ſibi noceat. Argumentum itaque ducit Paulus a debitoribus ad fidejuſſores hoc modo. Si debitor pactus ſit cum creditore, *ne peteret*, ac deinde convenit, *ut peteret*, petere poteſt, nec prius pactum prodeſt: ergo, ſi fidejuſſores pacti ſint cum creditore, *ne peteret*, ac deinde inter eos & creditorem convenit, ut peteret, fidejuſſoribus non proderit prius pactum. Diſputatio hæc eſt veriſſima. Videamus an conveniat Pauli verbis. *Pactus*, inquit, *ne peteret, poſtea convenit ut peteret, prius pactum per poſterius elidetur...... Eadem ratione contingit, ne fidejuſſoribus prius pactum proſit.* Quid clarius? Non loquitur Paulus in poſteriori ſententia de priore pacto debitoris; ſed ipſorum fidejuſſorum. in quibus eadem ratio viget poſitis terminis ejuſdem quæſtionis inter diverſas perſonas, fidejuſſorum ſcilicet, & debitoris, a quo ad illa comparatio ducitur.

FURIUS ANTHIANUS Libro primo ad Edictum. in l. is qui. ult. de dolo malo.

Is qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur: niſi fortaſſe ipſe creditor erat, & ſolus erat: tunc enim ſufficit contra eum doli mali exceptio.

COMMENTARIUS.

I. Quæ dolo malo facta ſunt, legibus vindicantur, tametſi is qui deceptus eſt, maxime voluerit id facere quod fecit; ſed prius dolo inductus. facta autem dolo malo jure merito vindicantur: nam non minus fraus, quàm vis, injuſtitiæ ſpecies eſt, & fraus odio digna major, auctore Cicerone *Lib. I. de Officiis, cap.* 13. Inde nata adverſus decipientem actio famoſa de dolo, conſtituta ea parte Edicti, quæ eſt *de dolo malo*, titulis Pandectarum, & Codicis *de dolo malo.* Edictum in hæc, aut ſimilia verba conceptum videtur. *Quæ dolo malo facta eſſe dicentur, ſi de his rebus alia actio non erit, & juſta cauſa eſſe videbitur de iis ei, cujus intererit, id factum non eſſe, qui modo certo comprehenderit quid dolo malo factum eſſe, adverſus eum, qui dolo malo fecerit, intra annum, quo experiundi poteſtas erit, judicium dabo, ut niſi ea res, qua de agitur, arbitrio judicis reſtituatur, condemnatio ſequatur.*

II. Hujus Edicti cauſa quatuor conditionibus continetur, ſi quid factum erit: ſi dolo malo: ſi de eo alia actio non erit: ſi juſta cauſa eſſe videbitur.

III. Principio factum quid eſſe generaliter Prætor exigit, non geſtum, ut in Edicto, *Quod metus cauſa.* Hoc ideo, quia etiam ſine geſtu ignoranti & invito aliquid excuti, & auferri dolo malo poteſt. Exempla in *l. arbitrio* 18. *§. ult. l. ſi quis* 35. *de dolo malo.*

IV. Secundo dolo malo factum esse oportet. Ait Prætor, *dolo malo*, distinctionis causa, adjecto apposito, & per diastolen: nam & dolus quidam bonus est, qui *sollertia* appellatur, *l.* 1. *§. non fuit* 3. *de dolo malo.* quo fraus & malæ artes repelluntur. Ovidius, *Lib. II. Artis amator.*

. . . . . *fraus est concessa repellere fraudem.*

Factum autem probandum ei, qui dicit, *l. quotiens* 19. *§. qui dolo* 1. *de probat.* perspicuis indiciis, *l. dolum* 6. *Cod. de dolo malo.* Dolus malus est, cum aliud agitur, aliud simulatur alterius decipiendi circumveniendi causa. Hujus definitionis auctorem Gallum Aquillium laudat Cicero, *Lib. III. de Officiis*, *cap.* 14. eaque a Servio probatur, *l.* 1. *§. dolum malum* 2. *de dolo malo*, cui consonat lex *juris gentium* 7. *§. dolo malo* 9. *de pactis.* Reprehenditur tamen a Labeone; sed injuria: nam quod is ait posse etiam sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, verum non esse distinctio subjecta liquido demonstrat. Illud hic tenendum doli appellationem & generalem esse, significareque omnem improbitatem & malitiam ac propositum delinquendi: quo significatu etiam vis dolus est, *l. prætor ait* 2. *§. ex hac* 16. *vi bonor. rapt.* & specialem, nempe qua injuriæ illa species intelligitur, quæ fit occulte, & per simulationem; distinguiturque a vi, quæ aperta est, nec semper cum ea concurrit: quò pertinet illud Ciceronis, *Lib. I. de Offic. cap.* 13. *Fraus quasi vulpeculæ, vis, leonis videtur.*

V. Dolo aut excutitur quid ignoranti; aut exprimitur volenti. Ignoranti tum cum ex aliquo facto præcedenti invitus quis per consequentiam damnum sentit, Exempla in *l. & eleganter* 7. *§. item* 5. *l. arbitrio* 18. *§. si dominus* 1. *& §. ult. l. cum quis* 31. *l. si quis* 35. *de dolo malo.*

VI. Volenti quid exprimitur, aut fallaciis, aut machinatione. Fallacia est in verbis mendacibus. Exempla subministrant dicta *lex & eleganter* 7. *§. ult. l. si quis* 9. *in princ. l. si legatarius* 23. *l. servus* 20. *§. ult. l. cum a te* 25. *de dolo malo.* Machinatio in factis, qualis fuit illa Pythii cujusdam argentarii in C. Caninium, Equitem Romanum, cujus meminit Cicero, *Lib. III. de Officiis*, *cap.* 14. Plura alia exempla vide in *l. si quis* 9. *§. item* 2. *& §. seq. l. arbitrio* 18. *§. de eo* 3. *l. rei* 33. *& seq. l. quidam* 38. *& l. penult. de dolo malo.*

VII. Tertia conditio est, si de his rebus alia actio non erit, *l.* 1. *§. ait* 4. *de dolo malo.* aliudve auxilium, quo res salva esse possit actori. quibus verbis tria continentur, quæ excludunt actionem de dolo: si sit aliquod aliud remedium decepto rei servandæ causa, ut esse possunt hæc quatuor: alia actio, sive ex contractu, aut quasi; sive ex delicto, ut vi bonorum raptorum; aut popularis, *l. & eleganter* 7. *§. Pomponius* 2. *§. si servum* 4. *l. si quis* 9. *l. arbitrio* 18. *§. de eo* 3. *de dolo malo. l. Julianus* 13. *§. si quis* 5. *de act. emti*, *l. qui nondum* 4. *Cod. de her. vel act. vend.* interdictum, ut, *quod vi aut clam.* In integrum restitutio, *l.* 1. *§. idem Pomponius* 6. *de dolo malo*, *l. penult. §. nec intra* 1. *de in integrum restitut.* Exceptio, quæ actio quoque est,

Digitized by Google

eſt, *l.* 1. *in princ. de dolo malo*, addita interpretatione Pomponii in *l. & eleganter* 7. Exempla in *l. non habet* 3. *& ſeqq. de dolo malo.* Et profectò commodius eſt excipere, quam agere, *l.* 1. *§. ſi reus* 3. *de eo per quem factum erit quominus quis in jud. ſit.* Et doli exceptio hoc amplius habet, quàm actio, quòd eſt perpetua, *l. pure* 5. *§. ult. de doli mali & metus except.*

VIII. Præterea, ſi ſit aliud remedium, vel adverſus alium, quàm qui decepit, ſi modo is alius ſolvendo ſit: ſi quod remedium aliquando fuit, deceptus ſuo facto & negligentia amiſit, niſi & in amittendo eo dolum paſſus eſt, *l.* 1. *§. idem* 6. *& ſeq. de dolo malo*, *l. actione* 4. *Cod. de tranſ.*

IX. Quarta conditio adjecta eſt, ſi juſta cauſa eſſe videbitur. Juſta cauſa ob quam hanc actionem dari non placet, duplex: una ex re petita, ut ne detur ob modicam ſummam, id eſt, duos aureos, *l. ſi quis* 9. *§. ult. & l. ſeq. de dolo malo.* Neque tamen minus modicum ſarciendum: ſed dabitur actio in factum detracta doli mali mentione. Altera ex perſonis, ut ne detur liberis adverſus parentes; libertis adverſus patronos; humili adverſus dignitate præcellentem; neque vili adverſus hominem vitæ emendatioris. Verum in horum perſonis in factum verbis temperatur, ut bonæ fidei mentio fiat, *l. non debet* 11. *§. quibuſdam* 1. *de dolo malo.* Quod & ad vaſallos trahitur.

X. His præmiſſis, veniamus ad ſpeciem noſtri textus. Aliquem quis decepit ut hereditatem non idoneam adiret. quæritur qua actione teneatur is, qui decepit: idque pendet ex eo, an videlicet deceperit mandans adire hereditatem; an vero callide circumveniens heredem. Si primum, quod plerumque ſolent facere creditores, mandati actio competit, *l. ſi hereditatem* 32. *in fine mandati*, *l. juris gentium* 7. *§. ult. de pactis*, *l. apud Celſum* 4. *in princ. de doli mali & met. except.* Si ſecundum, quod in noſtra ſpecie ſupponendum, utpote de dolo malo agitur; videndum amplius, num is, qui deceperit, creditor eſſet, an non: & ſi eſſet, num ſolus, an & alii etiam creditores. ſi non erat creditor, de dolo tenebitur; quia dolo malo decepit heredem, ut hereditatem non idoneam adiret; alia actio non eſt, & juſta cauſa videtur, ut de dolo actione teneatur, *l.* 1. *§. verba* 1. *de dolo malo.* Si ſolus erat creditor, neceſſaria non eſt actio de dolo: tunc enim ſufficit contra eum (creditorem) doli mali exceptio. ſi plures ſint creditores, inutilis eſſet doli exceptio adverſus eos, qui nihil dolo feciſſent. Doli enim exceptio in perſonam eſt, non in rem ex parte illius cui objicitur, *l. palam* 2. *§. ſequitur* 1. *de doli mali & met. except.* Non autem prodeſſet adverſus eos, qui nihil perſuaſiſſent; quia adeundo eis ſe ſponte ſua obligavit, *l. quæ dotis* 33. *ſol. matr.* & fecit hereditatem ſolvendo, quæ antea non erat, *l. libertus* 36. *de bonis libert.* Ut heres igitur indemnitatem plenam conſequatur, neceſſaria eſt actio de dolo. quanquam cur non dicamus adverſus agendum creditorem, qui impulit, exceptionem ſufficere?

XI. Hoc juris est, si quis deceptus fuerit, ut hereditatem non idoneam adiret. Quid si e contrario mihi persuaserit, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit? De dolo danda actio, si callide hoc feceris, *l. si quis 9. §. si autem 1. de dolo malo, l. si major 7. Cod. de dolo malo.* Quod ita probabitur, si fueris agnatus proximus, substitutus, aut legatarius ex alia dispositione.

FURIUS ANTHIANUS Libro primo ad Edictum. in l. in rem. ult. de rei vindicatione.

In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere. ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit.

COMMENTARIUS.

I. Invitus nemo rem cogitur defendere, *l. invitus 156. de div. reg. jur.* edita enim actione deliberat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat, *l. 1. de edendo.* Itaque noxali actione servi nomine convento licet servum a se abdicare, *l. electio 26. §. ult. l. si noxali 27. l. non solum 29. l. noxali 33. l. ult. de nox. act.* Idem evenit in actione damni infecti, ubi qui ædibus carere mavult, damni infecti cavere non cogitur, *l. Prætor 7. §. hoc Edictum 1. l. hoc amplius 9. in princ. de damno infecto.* Et in hac nostra lege docet Furius Anthianus, in rem actionem pati non compelli nos, quia licet alicui dicere, se non possidere. Alicui, inquit, non omnibus: nam, aut quis hoc vere dicit, aut falso.

II. Si vere, scire interest, quomodo possessor esse desierit. An dolo malo; an vero sine eo. Qui dolo malo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est, ut ajebat Paulus, *Libro XXII. ad Edictum in l. qui dolo 131. de div. reg. jur.* vel, ut Ulpianus, *Libro LXVIII. ad Edictum*, parem esse conditionem oportet ejus, qui quid possideat, vel habeat, atque ejus, cujus dolo malo factum sit, quominus possideret, vel haberet, *l. parem 150. de div. reg. jur.* Et, ut contractius loquar cum eodem Ulpiano, si dolo malo desiit possidere, ac proinde fecit, quominus possit restituere is, quantum adversarius in litem, sine ulla taxatione juraverit, damnandus est, *l. qui restituere 68. de rei vind. l. sive nostrum 2. §. interdum 1. de in litem jur. l. ult. §. jussus 1. de appellat. sine ulla*, inquit, *taxatione*, quasi Jurisconsultus dicat, si nulla præcesserit taxatio: quo casu judex sequi debet præstitutum jusjurandum. At si judex velit, taxationem jurijurando potest adjicere: non autem potest absolvere prorsus reum, aut minoris condemnare, præter quam ex magna causa,

causa, & postea repertis probationibus. Ita ipse Ulpianus, *l. videamus* 4. *§. jurare* 2. *& seq. de in litem jurando*: unde explicandus Paulus in *l. arbitrio* 18. *de dolo malo*. Quod si possessor dolo fecit, actor vero jurare non vult; sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit; mos ei gerendus est, *l. quod si* 71. *de rei vind.*

III. Si sine dolo malo possidere desiit, judicium evitat. Ratio est, quia in rem actio, qualis est vindicatio, est per quam rem nostram, quæ ab aliis possidetur, petimus (ut nostram); & semper adversus eum est, qui possidet, *l. actionem* 25. *de obl. & act.* Sola igitur possessio est causa, ob quam quis hac actione teneatur, *l. officium* 9. *de rei vind. l. non alias* 24. *§. ult. de judic. l.* 1. *Cod. ubi in rem actio exerceri debeat.* Sicuti solum dominium est causa, ob quam quis agit, *l. in rem actio* 23. *de rei vind.* Unde si sine dolo malo possidere quis desinat, nulla superest causa, ob quam hac actione impetatur, *l. a quo* 58. *de rei vind.* Itaque qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desit possidere, *l. qui petitorio* 36. *de rei vind.* idque debet requirere per interrogationem in jure, cui adversarius cogi debet respondere, *l. qui servum* 20. *§. in jure* 1. *de interr. in jur. fac.*

IV. Si vero possessor falso dixit, se non possidere, eveniet, ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit, ut docet Furius Anthianus hac nostra lege. Merito; agitur enim hic de actione in rem. Actio autem in rem ideo dicitur, quod non in personam aliquam, ut personalis; sed in rem ipsam dirigitur, & per hujusmodi actionem, non tam persona, quàm res ipsa convenitur, *l. denique* 19. *de jure fisci.* Si nemo igitur rem defendat, vindicare debet is, qui petit: nam vindicare est rem suam esse dicere: ac proinde, qui sola negatione potest jus suum retinere, videtur fateri alienum jus, si non inficiatur illud.

V. Translatio igitur possessionis est pœna falso afferentis, se desiisse possidere. Similia exempla habes in *Nov. XVIII. cap.* 10. Hæc autem translatio possessionis fieri debet, ut Anthianus monet, *per Judicem*, quia non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi, *l. non est singulis* 176. *de div. reg. jur.* Amplius dicendum est, hanc translationem possessionis fieri officio ejusdem judicis, qui pro actione in rem datus fuerat, neque nova interpellatione, aut libelli oblatione opus est. Possessio autem ita transfertur, ut minime supersit de proprietate quæstio: ipse enim possessor jam se habuit pro victo: ergo eum quoque Prætor habet ut talem. Tuebitur igitur petitorem exceptio rei judicatæ, & satis pronunciabitur, rem non esse possessoris, cum pronunciatur esse petitoris, *l. inter me* 15. *de exc. rei jud.*

VI. Sed quomodo possessio transferetur, invito possessore, cum sine animo

mo & corpore nulla possessio amittatur? *l. quemadmodum 8. de adq. vel amit. poss.* An dicemus in possessore negante se possessorem esse, quodammodo reperiri animum, & factum, cum sciat possessionem transferendam esse in pœnam negatæ possessionis? An potius dicemus regulam illam pertinere ad possessionem, quæ a privatis, non a judice obtinetur?

VII. Videamus nunc quid dicendum, si possessor habeat rem, & restituere nolit. Manu militari officio judicis ab eo possessio transferetur, *l. qui restituere 68. de rei vind. l. dominus 36. de lib. causa.* Sed quid audio, *de manu militari*? In judiciis vim fieri vetant Imperatores Valentinianus, Theodosius, & Arcadius, *l. 1. Cod. de offic. militan. judic. Nunquam omnino*, inquiunt, *in negotiis privatorum vel tuitio militaris, vel executio tribuatur.* Quid autem hoc est nisi milites arcere a judiciis, etiam in executione? Atque ita est ubi dumtaxat privatorum causa agitur in lite privata: si vero causa publica vertatur, milites proculdubio adhibentur, *l. un. Cod. Theod. de offic. judic. militar.* Igitur *manus militaris in d. l. qui restituere 68. de rei vind.* non est manus militum, qui sacramento merent; sed ministrorum, & ipsius judicis civilis cohors. Armata tamen, quo ea, quæ judex jussit, prompte exsequatur. Apparitores judicis, & exsecutores litium, non male dixeris: nam cum *per judicem transferenda est possessio*, ut noster Furius Anthianus loquitur, omnino id fiet apparitorum opera, non ipsius judicis, in rem præsentem euntis. Nec insolens est apparitores dici *manum militarem*, cum simili modo Imperator Alexander Ulpiani æqualis appellet eos *officium militare*, *l. mulierem 2. Cod. si manc. ita veniet ne prost.* Eos autem Ulpianus ideo appellat *manum militarem*; quia, cum res fert, armis instructi sunt. Quamobrem, cum milites plerumque dicerentur, qui sacramento militiæ obstricti, cincti, & in numeros relati essent, *l. milites 13. §. missionum 3. l. ult. de re milit. l. Titius 25. l. filius familias 43. de test. milit.* recte Ulpianus in *d. l. qui restituere 68. de rei vind.* ne quis *manum militarem* eos intelligeret, interpretatus est officium judicis. *Manu*, inquit, *militari*, *officio judicis*, quasi dicat, *manu militari*, id est, *officialibus judicis.* Officia autem pro officialibus dici, notum est ex *l. illicitas 6. §. ne tenuis 5. de offic. Præsid. l. si fidejussor 7. §. ult. qui satisd. cog. l. ult. Cod. de offic. Rect. Prov. l. si debitum 3. Cod. quando fiscus, vel privatus debit. sui debit. conv. poss.* quin *officia*, seu *apparitores*, conjunctim proponuntur, alterum alterius explicandi causa in Rubrica *Cod. de lucris advocatorum, & concussoribus officialium*, seu *Apparitorum*, & in *l. hac lege 2. Cod. de sententiis ex peric. recitand.* illustribus judicibus tribuitur *officium* addita hac interpretatione, *per officium suum, & eos, qui ministerium suum eis accommodant.* Unde & *officium* pro officialibus in rescripto Divorum fratrum legimus, ut cognoscamus quam frequens fuerit hæc locutio, *l. 1. §. si quis 27. de quæst.* & pro toto comitatu judicis, *l. Sempronia 77. de furtis. l. apparitores 2. Cod. de officio*

officio magistri mil. l. abolitionem 16. *Cod. ad leg. Jul. de adult.* Et, ut plures alios omittam, apud Ammianum Marcellinum *Lib. XXXVIII. cap.* I. Atque ita, ut dicebam, *Officia* pro *officialibus*, ut *servitus* pro *servis*, *l. ult. Cod. de vind. libert. symphonia* pro *symphoniaco*, *l. sed si* 15. *§. mancipiorum* 1. *de usufr.* Igitur *manus militaris*, quæ constat ejusmodi officialibus, eadem erit, quæ *manus ministrorum* vocatur ab eodem Ulpiano, *l.* 1. *§. necessario* 2. si ventris nomine. & *civilis apparitio*, *l. si quis* 10. *Cod. de Episc. & Cleric.* Non tamen ausim dicere eundem Ulpianum *Libro LXVIII. ad Edictum*, *in l. si quis* 3. *ne vis fiat ei*, *qui in possessionem missus erit*, intellexisse hoc apparitorum corpus, cum dixit, eum, qui missus est in possessionem, sed non admissus, inducendum esse *potestate ejus*, *qui misit*; alioquin & extraordinem id decretum exequi posse, *nonnunquam etiam per manum militarem.* Videri potest distinguere inter apparitores, qui *potestate judicis*, via ordinaria, in possessionem inducunt, & militare præsidium, quod extraordinem concedi solet, si apparitio civilis non sufficiat. Vide quem ordinem servet ipse Ulpianus *l. is cui* 5. *§.* 27. *ut in poss. legat. Missus*, inquit, *in possessionem*, *si non admittatur*, *habet interdictum propositum*, *aut per viatorem*, *aut per officialem Præfecti*, *aut per Magistratus introducendus est in possessionem.* Viatores & Officiales si non sufficiant, a magistratu quocumque modo erit inducendus, quod sine manu militari vix fieri potest. Neque enim iis assentior, qui ex *l.* 1. *Cod. de off. mil. jud.* nullum omnino militis esse usum, quocumque res procedat, in causis civilibus, & privatis. Quid enim si damnatus contumacem se præbeat, &, collecta etiam manu contumaciorem, quàm ut per apparitores coërceri possit? Adhuc negabimus milites adhibendos? Nemo id negare potest, nisi simul affirmet cuncta judicia sola contumacia eludi posse, ejusque contumaciæ præmium esse, rem restituere jussam non restituere. Vergit tunc ea res ad vigorem Disciplinæ publicæ; neque enim tam privata amplius causa est, quàm publica, & de privata dumtaxat est *d. l.* 1. *Cod. de off. mil. judic.* militibus interdicens, quod apparitorum est, ut turbæ evitentur, ordo exsecutionis servetur, judiciorum denique auctoritas non pervertatur. Ceterum *militare auxilium* successisse, ubi *apparitio civilis* non sufficiebat, illustri exemplo probat, *d. l. si quis* 10. *Cod. de Episc. & Cleric.*

VIII. Sed ut redeamus ad nostram legem, non frustra Furius Anthianus ait, *in rem actionem pati non compelli* nos: aliud enim contingit in actione personali. Exemplum in *l. ult. §. Lucius Titius* 1. *de contr. emt.* Quod autem ait Jurisconsultus de in rem actione, non est restringendum ad specialem in rem actionem, quam vindicationem appellamus, & ad hypothecariam, quæ ipsa quoque vindicatio est, *l. si fundus* 16. *§. in vindicatione* 3. *de pign. & hyp.* Sed locum etiam habet in hereditatis petitione, quoniam & ipsa in rem actio est, licet mixtas habeat præstationes

pleraſque perſonales, *l. hereditatis* 7. *Cod. eod.* Furius enim Anthianus generaliter loquitur de qualibet in rem actione. Sed hoc ita ſi poſſeſſor conventus petitione hereditatis convincatur de mendacio quantum ad poſſeſſionem; non etiam ſi quantum ad titulum poſſeſſionis, quem ſcilicet probare ipſe ſemper tenetur, nunquam actor. Quod ſi titulum probet, retinebit hereditatem.

F I N I S.

INDEX

Digitized by Google

INDEX
LEGUM QUÆ IN HOC OPERE
COMMENTARIO ILLUSTRANTUR.

Ex Institutionibus.

E Digestis.

l. in

l. prout.

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

0 05677 034

Digitized by Google